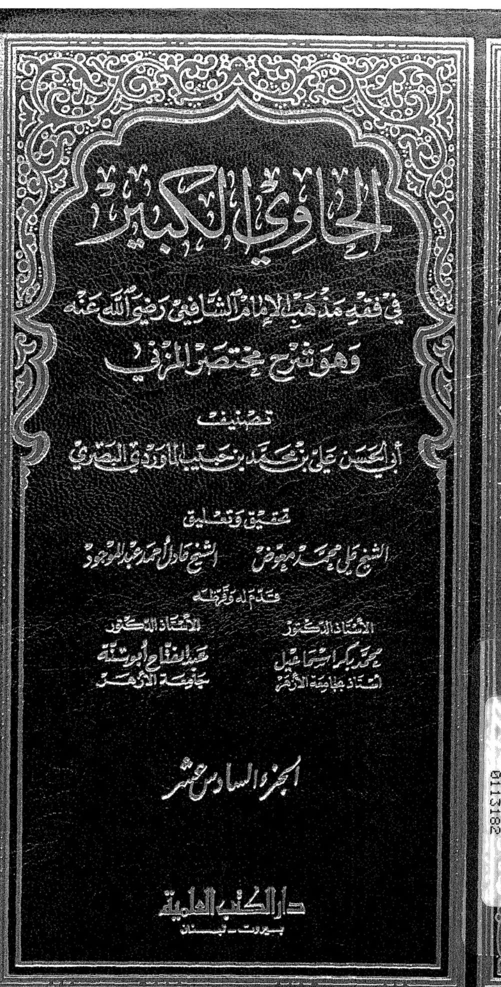
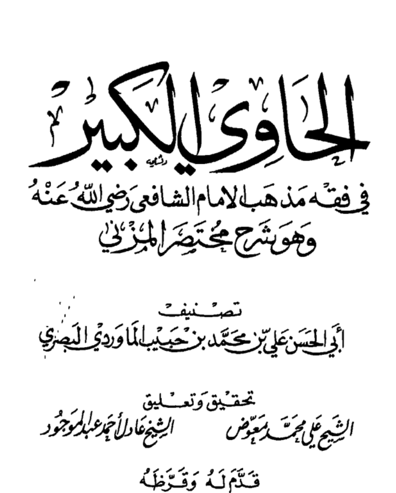


الحاوي الكبير







الجزء السادس عشر

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٣٣ ٦٠٢١ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣
فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠ - ٦٠٢١٣٣/٩٦١١/٠٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب أدب القاضي

[القول في حكم القضاء]

الأصل في وجوب القضاء وتنفيذ الحكم بين الخصوم كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وإجماع الأمم عليه.

الدليل من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [ص: ٢٦] الآية.

أما قوله تعالى: ﴿إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ﴾ ففيه وجهان:

أحدهما: خليفة لنا، وتكون الخلافة هي النبوة.

والثاني: خليفة لمن تقدمك فيها، وتكون الخلافة هي الملك.

وقوله: ﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾ وفيما أخذ منه الحكم وجهان:

أحدهما: أنه مأخوذ من الحكمة التي توجب وضع الشيء في موضعه.

والثاني: أنه مأخوذ من أحكام الشيء ومنه حَكَمَةُ اللجام لما فيه من الإلزام.

وفي قوله: بـ ﴿الحق﴾ وجهان:

أحدهما: بالعدل.

والثاني: الحق الذي لزمك الله.

وفي قوله: ﴿ولا تتبع الهوى﴾ وجهان:

أحدهما: الميل مع من يهواه.

والثاني: أن تحكم بما تهواه.

وفي قوله: ﴿فيضلك عن سبيل الله﴾ وجهان:

أحدهما: عن دين الله.

والثاني: عن طاعة الله.

وفي قوله: ﴿بما نَسُوا يوم الحساب﴾ وجهان:

أحدهما: بما تركوا من العمل ليوم الحساب.

والثاني: بما أعرضوا عن يوم الحساب.

وقال تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ القَوْمِ﴾ [الأنبياء: ٧٨] قال قتادة: النفش: وعي الليل، والهمل وعي النهار.

﴿وكنا لحكمهم شاهدين﴾ وكان الحكم في غنم رعت كرم آخر، وقيل زرعه، فحكم داود بالغنم لصاحب الكرم أو الزرع، وحكم سليمان بأن تدفع الغنم إلى صاحب الكرم لينتفع بدرها ونسلها ويدفع الكرم إلى صاحب الغنم ليعمره حتى يعود إلى حالته ثم يرد الكرم وتسترجع الغنم.

فقال تعالى: ﴿فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ﴾ فكان حكم الله تعالى فيما قضاه سليمان فرجع داود عن حكمه إلى حكم سليمان عليهما السلام.

فإن قيل فكيف نقض داود حكمه باجتهاد سليمان؟ فعنه جوابان:

أحدهما: أنَّ داود كان قد أفتى بهذا الحكم ولم ينفذه فلذلك رجع عنه.

والثاني: أنه يجوز أن يكون حكم سليمان عن وحي فيكون نصاً يبطل به الاجتهاد.

ثم قال تعالى: ﴿وَكُلاً آتَيْنَا حُكْماً وَعِلْماً﴾ فيه وجهان:

أحدهما: أنه آتى كل واحد منهما من الحكم والعلم مثل ما أتاه للآخر.

والثاني: أنه آتى كل واحد منهما من الحكم والعلم غير ما آتاه للآخر.

وفي المراد بالحكم والعلم وجهان:

أحدهما: أن الحكم الاجتهاد والعلم النص.

والثاني: أن الحكم: القضاء والعلم: الفتيا.

قال الحسن البصري: لولا هذه الآية لرأيت الحكام قد هلكوا لكن الله تعالى عذر هذا باجتهاده وأثنى على هذا بصوابه.

وقال تعالى: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً﴾ [النساء: ٦٥].

قال عبد الله وعروة ابنا الزبير بن العوام: نزلت هذه الآية في الزبير ورجل من الأنصار قد شهد بدراً، وقيل إنه حاطب بن أبي بلتعة، تخاصما إلى رسول الله ﷺ في شراج الحرة كانا يسقيان به نخلاً لهما فقال النبي ﷺ: «اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك» فغضب الأنصاري وقال إن كان ابن عمتك؟! فتلوّن وجه رسول الله ﷺ حتى

عرف أنه قد ساءه ثم قال: «يا زبير احبس الماء إلى الجدر أو إلى الكعبين ثم خل سبيل الماء» فنزل قوله تعالى ﴿فلا وربك لا يؤمنون﴾ أي لا يعلمون بما يوجبه الإيمان ﴿حتى يحكّموك﴾ أي يرجعوا إلى حكمك ﴿فيما شجر بينهم﴾ أي فيما تنازعوا فيه.

وسميت المنازعة مشاجرة لتداخل كلامهما كتداخل الشجر الملتف.

﴿ثم لا يجدوا في أنفسهم حَرَجاً مما قضيت﴾ فيه وجهان:

أحدهما: شكاً، قاله مجاهد.

والثاني: إثماً قاله الضحاك: ﴿ويسلموا تسليماً﴾ يحتمل وجهين:

أحدهما: يسلموا ما تنازعوا فيه لحكمك.

والثاني: يستسلموا إليك تسليماً لأمرك.

وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

وقال تعالى: ﴿وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩].

وأما السُّنة:

فروى بشر بن سعيد عن أبي قيس عن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ أنه قال «إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر»[٢] ورواه أبو سلمة عن أبي هريرة.

فجعل له في الإصابة أجرين هما على الاجتهاد والآخر على الإصابة، وجعل له في الخطأ أجراً واحداً على الاجتهاد دون الخطأ.

وروى أبو هاشم عن ابن بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «القضاء ثلاثة: اثنان في النار وواحد في الجنة: قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة وقاض قضى بجهلٍ فهو في النار وقاضٍ عرف الحق فجار فهو في النار».

وروى عمرو بن الأسود عن أبي أيوب الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ, إن الله مع القاسم حين يقسم ومع القاضي حين يقضي[٢].

---

(١) أخرجه البخاري ١٣٣/٩ ومسلم في كتاب الأقضية(١٥) وأبو داود (٣٥٧٤) وأحمد ١٩٨/٤، ٢٠٤) والبيهقي ١١٨/١٠ وأبو داود الطيالسي كما في المنحة (١٤٥١) وابن ماجة (٢٣١٤) وانظر نصب الراية ٦٣/٤.

(٢) أخرجه البيهقي ١٣٢/١٠ وأحمد ٤١٤/٥ وانظر نصب الراية.

وروى ابن عون الثقفي عن الحارث بن عمرو عن أصحاب معاذ أن رسول الله ﷺ قال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «كيف تقضي إن عرض لك قضاء؟».

قال: أقضي بكتاب الله قال«فإن لم يكن في كتاب الله» قال بسنة رسول الله. قال فإن لم يكن في سنة رسول الله» قال أجتهد رأيي ولا آلو قال، فضرب صدره وقال: «الحمد لله الذي وفّق رسول رسولِ الله لما يرضي رسولَ الله»[١].

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا جلس القاضي للحكم بعث الله إليه ملكين يسدّدانه فإن عدل أقاما وإن جار عرجا وتركاه»[٢].

وقضى رسول الله ﷺ بين المتنازعين وحكم بين المتشاجرين.

وقلد القضاء فولّى علياً قضاء ناحية اليمن وقال له: «إذا حضر الخصمان إليك فلا تقض لأحدهما حتى تسمع من الآخر» قال علي فما أشكلت علي قضية بعدها وقدم منها على رسول الله ﷺ في حجة الوداع.

واستخلف رسول الله ﷺ عتّاب بن أُسيد على مكة بعد الفتح والياً وقاضياً وقال «يا عتاب انْهَهُمْ عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا».

وقلد معاذاً قضاء بعض اليمن وقال له ما قدمناه.

وقلد دحية الكلبي قضاء ناحية اليمن وكان يشبهه بجبريل عليه السلام.

وكان إذا أسلم قوم أقام عليهم من يعلمهم شرائع الدين ويقضي بين المتنازعين.

وقد حكم الخلفاء الراشدون بين النّاس وقلدوا القضاة والحكام.

فحكم أبو بكر رضي الله عنه بين الناس واستخلف القضاة وبعث أَنَسَاً إلى البحرين قاضياً.

وحكم عمر بين الناس، وبعث أبا موسى الأشعري إلى البصرة قاضياً، وبعث عبد الله بن مسعود إلى الكوفة قاضياً.

وحكم عثمان بين الناس، وقلد شريحاً القضاء.

وحكم عليٌّ بين الناس وبعث عبد الله بن عباس إلى البصرة قاضياً وناظراً.

فصار ذلك من فعلهم إجماعاً.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٢، ٣٥٩٣) والترمذي (١٣٢٧) وضعفه وأحمد ٥/ ٢٤٢ وابن أبي شيبة ٧/ ٢٣٩ وأحمد ٥/ ٢٤٢ وانظر التلخيص ٤/ ١٨٢ والسيوطي في الدر المنثور ١٠/ ١٥٥.

(٢) أخرجه البخاري ١٠/ ٨٨ والحافظ الخطيب في التاريخ ٨/ ١٧٦ ٢/ ١٤/ ١٢٠ والذهبي في الميزان (٦٤/ ٩٤٠) وابن حجر في اللسان ٦/ ٨٥٣ وانظر كنز العمال (١٥٠١٥).

دليل العقل والعرف:

ولأن القضاء أمر بالمعروف ونهي عن المنكر والله تعالى يقول: **﴿الآمرون بالمعروف والناهون عن المنكر﴾** [التوبة: ١١٢]. الآية.

ولأن الناس لما في طباعهم من التنافس والتغالب ولما فطروا عليه من التنازع والتجاذب يقل فيهم التناصر ويكثر فيها التشاجر والتخاصم، إما لشبهة تدخل على من تديّن أو لعناد يقدم عليه من يجور. فدعت الضرورة إلى قودهم إلى الحق والتناصف بالأحكام القاطعة لتنازعهم والقضايا الباعثة على تناصفهم.

ولأن عادات الأمم به جارية وجميع الشرائع به واردة.

ولأن في أحكام الاجتهاد ما يكثر فيه الاختلاف فلم يتعين أحدهما بين المختلفين فيه إلا بالحكم الفاصل والقضاء القاطع.»

فصل: [شروط ولاية القضاء]

فإذا تقرر ما ذكرنا فولاية القضاء تشتمل على خمسة شروط: مُوَلِّى ومولّي وعمل ونظر وعقد.

[المولّي]

فأما الشرط الأول وهو المولّي فيرجع فيه إلى أصل وفرع.

فأما الأصل فهو الإمام المستخلف على الأمة فتقليد القضاء من جهته فرض يتعين عليه لأمرين:

أحدهما: لدخوله في عموم ولايته.

والثاني: لأن التقليد لا يصح إلا من جهته، ولا يجوز أن يتوقف حتى يسأل لأنه من الحقوق المسترعاة.

وأما الفرع: فهو قاضي الإقليم إذا عجز عن النظر في جميع النواحي لزمه تقليد القضاء فيما عجز عن مباشرة النظر فيه.

فإن بعد عن الإمام تعيّن فرض التقليد على القاضي وإن قرب منه كان فرض التقليد مشتركاً بينه وبين الإمام.

ويتعين عليهما دون غيرهما فأيهما انفرد بالتقليد سقط فرضه عنهما.

فإن تفرد القاضي بالتقليد كان فيه على عموم ولايته. وإن تفرد الإمام بالتقليد كان عزلاً للقاضي عنه إلا أن يصرح في التقليد باستنابته عنه فيكون باقياً على ولايته.

عزل القاضي:

ويجوز للإمام أن يعزل من قلده ولا يجوز للقاضي أن يعزل من قلده الإمام إلا أن يكون مستناباً عنه. ففي جواز تفرد القاضي بعزله وجهان:

أحدهما: يجوز كما لو كان هو المستنيب.

والوجه الثاني: لا يجوز لافتياته على الإمام في اختياره له.

تقليد أهل البلد للقاضي:

فلو خلا بلد من قاض فقلد أهل البلد على أنفسهم قاضياً منهم كان تقليدهم له باطلاً إن كان في العصر إمام لأفتياتهم عليه فيما هو أحق به. ولم يجز أن ينظر بينهم ملزماً فإن نظر بطلت أحكامه وصار بها مجروحاً، ويجوز أن ينظر بينهم متوسطاً مع التراضي. والأولى أن يعتزل الوساطة بينهم لئلا يتشبه بذوي الولايات الصحيحة لما تقدم من التقليد.

فإن خلا العصر من إمام، فإن كان يرجى أن يتجدد لإمام نُظر بعد زمان قريب كان تقليد القاضي باطلاً كما لو كان الإمام موجوداً لقرب زمانه.

وإن لم يرج تجديد إمام قريب نظرت أحوالهم فإن أمكنهم أن يتحاكموا إلى قاضي أقرب البلاد إليهم كان تقليدهم للقاضي باطلاً.

وإن لم يمكنهم التحاكم إلى غيره نظر فإن لم يمكنهم أن ينصروه على تنفيذ أحكامه كان تقليدهم له باطلاً لقصوره عن قوة الولاة وإن أمكنهم نصره وتقوية يده كان تقليده جائزاً حتى لا يتغالبوا على الحقوق إذا اجتمع على تقليده جميع أهل الاختيار منهم وإن لم يتعين في تقليد الإمام اجتماع أهل الاختيار كلهم.

والفرق بينهما أن ولاية الإمام عامة في جميع البلاد التي لا يمكن اجتماع أهلها على الاختيار فسقط اعتبار اجتماعهم لتعذره وولاية القاضي خاصة على بلد واحد يمكن اجتماع أهل الاختيار عليه فلزم اعتبار اجتماعهم لإمكانه.

فعلى هذا إن قلده بعض أهل الاختيار منهم نظر في باقيهم فإن ظهر منهم الرضا بالسكوت وعدم الاختلاف صح التقليد وصاروا بالرضا كالمجتمعين عليه. لأنه لا يمكن أن يباشره جميعهم وإن ظهر منهم الإنكار بطل التقليد لعدم شرطه في الاجتماع.

فإن كان للبلد جانبان فرضي بتقليده أهل أحد الجانبين دون الآخر صح تقليده في الجانب المرتضى فيه وبطل في الجانب المكروه فيه لأن تميز الجانبين كتميز البلدين.

فإذا صحت ولاية هذا القاضي نفذت أحكامه ولزمت طوعاً وجبراً لانعقاد ولايته.

تجدد الإمام:

فإن تجدد بعده إمام لم ينقض له حكماً نفذ على الصحة. وله عزله وإقراره ولم يجز للقاضي أن يستأنف النظر إلا بعد إذن الإمام. ولو كان تقليده عن إمام تقدم لم يلزمه الاستئذان.

والفرق بينهما وجود الضرورة في تقليد أهل الاختيار وعدمها في تقليد الإمام.

ويكتفي هذا القاضي بإذن الإمام عن تجديد تقليد ويقوم الإذن له مقام التقليد. وإن لم يجز الاقتصار على الإذن والولايات المستجدة لما تقدم لهذا القاضي. من شروط التقليد وكان حكمه أخف.

فصل: [المولّى]

وأما الشرط الثاني وهو المولّى:

فتقليد القضاء من جهته من فروض الكفايات، لأنه لا يتعيّن في واحد من الناس، ويدخل في فرضه كل من تكاملت فيه شروط القضاء حتى يقوم به أحدهم فيسقط فرضه عن جماعتهم.

فإن لم تكمل شروطه في الوقت إلا في واحد تعين عليه فرض الإجابة إذا دعي إلى القضاء، ولم يتعين عليه طلب القضاء لأن فرض التقليد على المولي دون المولى ولا يصير بتفرده في عصره والياً حتى يولّى.

ولو تكاملت شروط الإمامة في واحد انفرد بها عن غيره فقد اختلف العلماء: هل تنعقد إمامته من غير أن يعقدها له أهل العقد والحل؟

فذهب أكثر الفقهاء إلى أنها لا تنعقد إمامته من غير أن يعقدها له أهل العقد والحل إلا بعقد كولاية القضاء.

وذهب آخرون من فقهاء العراق وبعض المتكلمين إلى انعقاد إمامته من غير عقد. لأن عقد أهل العقد إنّما يراد لتمييز المستحق. فإذا تميز بصفته استغنى عن عقدهم.

وفرقوا بين القضاء والإمامة. بأن القضاء نيابة خاصة يجوز صرفه عنها مع بقائه على صفته فلم يفتقر إلى عقد ومولٍ وإن شذ بعض أهل المذهب فسوّي بين الإمامة والقضاء. وجعل ولاية القضاء فيمن تفرد بشروطه منعقدة من غير عاقد كالإمامة. والجمع بينهما في الصحة أفسد والجمع بينهما البطلان أصح، لأن الولايات عقود فافتقرت إلى عاقد.

فإن امتنع هذا المنفرد بشروط القضاء من الإجابة إليه أجبره الإمام عليه لتعين

فرضه عليه ومن تعين عليه فرض أخذ به جبراً.

ولاية المفضول مع وجود الأفضل:

وإذا تكاملت شروط القضاء في جماعة كان الأولى بالإمام أن يقلد أفضلهم.

فإن عدل عن الأفضل إلى المقصر انعقدت ولايته لأن الزيادة على كمال الشروط غير معتبرة.

ولو تكاملت شروط الإمامة في جماعة وجب على أهل الاختيار من أهل العقد أن يقلدوا أفضلهم.

وإن عدلوا عن الأفضل إلى المفضول لعذر صح العقد.

وإن عدلوا عنه لغير عذر فقد اختلف الفقهاء في صحة إمامته فذهب جمهورهم إلى صحتها كالقضاء، وذهب بعضهم إلى فسادها لفساد الاختيار في العدول عن الأفضل إلى المفضول.

وفرقوا بين الإمامة والقضاء بأن القضاء نيابة خاصة فجاز أن يعمل فيها على اختيار المستنيب كالوكالة والإمامة ولاية عامة ولم يصح فيها تفريط أهل الاختيار لافتياتهم على غيرهم.

تقليد طالب القضاء:

وإذا تكافأت الجماعة في شروط القضاء وكان فيهم طالب للولاية وفيهم ممسك عنها فالأولى بالإمام أن يقلد الممسك دون الطالب. لأنه أرغب في السلامة.

فإن امتنع لعذر لم يجبر عليه.

وإن امتنع لغير عذر ففي جواز إجباره عليه وجهان:

أحدهما: لا يجبر عليه؛ لأنها نيابة لا يدخلها الإجبار كالوكالة.

والوجه الثاني: يجبر عليه؛ لأنه مأمور بطاعة إن ترك فيها على امتناعه جاز أن يكون حال غيره مثل حاله فيفضي الأمر إلى تعطيل القضاء.

وخالف حال الوكالة التي لا تتعلق بطاعة.

فإن عدل الإمام عن الممسك إلى الطالب جاز وصح تقليده بعد أن اعتبر حال الطالب في طلبه.

وله فيه خمسة أحوال، مستحب ومحظور ومباح ومكروه ومختلف فيه.

فأما الحال الأولى: وهو الطلب المستحب فهو أن تكون الحقوق مضاعة بجور أو عجز والأحكام فاسدة بجهل أو هوى فيقصد بطلبه حفظ الحقوق وحراسة الأحكام فهذا

الطلب مستحب وهو به مأجور، لأنه يقصد أمراً بمعروف ونهياً عن منكر.

والحال الثانية: وهو الطلب المحظور: أن يقصد بطلبه انتقاماً من أعداء أو تكسباً بارتشاء، فهذا الطلب محظور يأثم به لأنه قصد به ما يأثم بفعله.

وأما الحال الثالثة: وهو الطلب المباح فهو أن يطلبه لاستمداد رزقه أو استدفاع ضرر فهذا الطلب مباح لأن المقصود به مباح.

وأما الحال الرابعة: وهو الطلب المكروه، فهو أن يطلبه للمباهاة والاستعلاء به فهذا الطلب مكروه لأن المقصود به مكروه.

قال الله تعالى: ﴿**تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علواً في الأرض ولا فساداً والعاقبة للمتقين**﴾ [القصص: ٨٣].

وأما الحال الخامسة: وهو الطلب المختلف فيه فهو أن يطلبه رغبة في الولاية والنظر فقد اختلف الفقهاء فيه مع اختلاف السلف قبلهم واختلاف أصحابنا معهم على ثلاثة مذاهب:

أحدها: يكره أن يكون له طالباً ويكره أن يجيب إليه مطلوباً، وهو الظاهر من قول ابن عمر ومكحول وأبي قُلابة ومن تخشّن من الفقهاء وطلب السلامة لرواية سعيد ابن أبي سعيد عن أبي هريرة أن النبيﷺقال: من استقضي فكأنّما ذبح بغير سكين»[1] ولأنها أمانة يتحملها ربما قصر فيها أو عجز عنها والله تعالى يقول: ﴿**إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ**﴾ الآية[الأحزاب: ٧٢].

والمذهب الثاني: يستحب أن يكون له طالباً، وأن يجيب إليه مطلوباً وهو الظاهر من قول عمر والحسن ومسروق ومن تساهل من الفقهاء ومال إلى التعاون على البر والتقوى لرواية أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من طلب القضاء حتى يناله فإن غلب عدله جوره فله الجنة، وإن غلب جوره عدله فله النار»[2]. ولأنه فرض لا يؤدي إلا بالتعاون والله تعالى يقول: ﴿**وتعاونوا على البر والتقوى**﴾ [المائدة: ٢].

والمذهب الثالث: وهو أعدلها: يُكْره أن يكون طالباً ويستحب أن يجيب إليه مطلوباً وهو قول أكثر المتوسطين في الأمر من الفقهاء لقول النبي ﷺ لعبد الرحمن بن

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٢٣٠، ٣٦٥ وأبو داود في كتاب الأقضية باب (١) والترمذي (١٣٢٥) وابن ماجة (٢٣٠٨) وابن أبي شيبة ٧/ ٢٣٨ والطبراني في الصغير ١/ ١٧٦ والحاكم في المستدرك ٤/ ٩١ وبلفظ المصنف أخرجه ابن عدي في الكامل ٣/ ٩٦٤، ١٤٨١ وانظر نصب الراية ٤/ ٦٥.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية باب (٣) حديث (٣٥٧٨) وأحمد ٣/ ٢٢٠ والحاكم ٤/ ٩٢ وانظر التلخيص ٤/ ١٨١.

سمرة «لا تطلب الإمارة فإن أوتيتها عن غير مسألة أعنت عليها وإن أوتيتها عن مسألة وكلت إليها»[1] ولأن الطلب تكلف والإجابة معونة.

بذل المال على طلب القضاء:

فإن بذل على طلب القضاء مالا: انقسم حال طلبه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون واجباً لتعين فرضه عليه عند انفراده بشروط القضاء أو مستحباً له ليزيل جور غيره أو تقصيره فبذله على هذا الطلب مستحب له وقبوله منه محظور على القابل له.

والقسم الثاني: أن يكون طلبه محظوراً أو مكروهاً فبذله على هذا الطلب محظور ومكروه، بحسب حال الطلب لامتزاجهما وقبوله منه أشد حظراً وتحريماً.

والقسم الثالث: أن يكون طلبه مباحاً فيعتبر الحكم، فإن كان بعد التقليد لم يحرم على الباذل[2] وحرم على القابل لقول النبي ﷺ «هدايا الأمراء غلول»[3] وإن كان البذل قبل التقليد حرم على الباذل والقابل جميعاً لأنها من الرشا المحظورة على باذلها وقابلها لرواية ثابت عن أبيه أن النبي ﷺ لعن الراشي والمرتشي والرائش[4].

فالراشي باذل الرشوة والمرتشي قابلها والرائش المتوسط بينهما.

فإن كان هذا الطالب قد عدم شروط القضاء أو بعضها حرم عليه الطلب وحرم على الإمام الإجابة لفساد التقليد وتحريم النظر وصار بالطلب مجروحاً.

فصل: [العمل]

وأما الشرط الثالث وهو العمل: فيلزم الإمام أن يبعث على البلد الذي يقلده قاضياً فيقول: قلدتك قضاء البصرة أو يقول: قلدتك قضاء الكوفة ليكون العمل معلوماً.

---

(١) أخرجه البخاري ١٣/١٢٣ (٧١٤٦) ومسلم ٣/١٤٥٦ (١٣/١٦٥٢) والترمذي (١٥٢٩) وأبو نعيم في الحلية ٧/ ٢٣٠.

(٢) في أ التارك.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/١٣٨ وابن عبد البر في التمهيد ٢/٩، ١٦٢١٠ والهيثمي في المجمع ٤/١٥١ وابن عدي في الكامل ١/١٧٧، ٢٩٥.

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية باب (٤) والترمذي (١٣٣٦) (١٣٣٧) وابن ماجة (١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦) وأحمد ٢/١٤٦، ١٩، ١٩٤، ٥/٢٧٩ والبيهقي ١٠/١٣٩ والهيثمي في المجمع ٤/١٩٨ وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١١٩٦) وابن حجر في المطالب (٥١٣٣) والرازي في العلل (٩١٣).

فإن قال: قلدتك قضاء البصرة أو الكوفة لم يجز للجهل بالعمل. وكذلك لو قال: قلدتك قضاء أي بلد شئت أو أي بلد رضيك أهله لم يجز وكان التقليد فاسداً للجهل بالعمل وإذا قلده قضاء البصرة لم يخل حال نواحيها وسوادها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن ينص على دخوله في تقليده فتصير ولايته مشتملة على البصرة وجميع نواحيها وأعمالها المنسوبة إليها.

والقسم الثاني: أن ينص على خروجه من تقليده فتكون ولايته مقصورة على دخوله في تقليده فتصير ولايته مشتملة على البصرة دون أعمالها ونواحيها.

والقسم الثالث: أن يمسك عن ذكر نواحيها وأعمالها فيعتبر حال أعمالها، فإن كان العرف فيها جارياً بإفرادها عن قاضي البصرة لم تدخل في ولايته وإن جرى العرف بإضافتها إلى قاضي البصرة دخلت في ولايته.

فإن اختلف العرف في إفرادها وإضافتها روعي أكثرها عرفاً فإن استويا روعي أقربها عهداً فإن كان الأكثر أو الأقرب إفرادها خرجت من ولايته وإن كان الأكثر أو الأقرب إضافتها دخلت في ولايته.

التقليد العام والخاص:

ويجوز أن يكون التقليد عاماً ومخصوصاً.

فالعام: أن يقلده قضاء جميع البلد والقضاء بين جميع أهله، والقضاء في جميع الأيام فتشتمل الولاية على الأحوال الثلاث، في جميع البلد وعلى جميع أهله وفي جميع الأيام.

والمخصوص: ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مخصوصاً في بعض البلد.

والثاني: أن يكون مخصوصاً في بعض أهله.

والثالث: أن يكون مخصوصاً في بعض الأيام.

تحديد العمل بالمكان:

فأما القسم الأول وهو أن يكون التقليد مقصوراً على قضاء بعض البلد فيجوز إذا كان معيناً سواء اقتصر به على أكثر البلد أو على أقله ولو محلة من محاله لأن القضاء يعم ويخص.

فإذا قلده من البصرة القضاء في جانب ربيعة أو القضاء في جانب مضر كان مقصور الولاية على الجانب الذي قلده سواء كان للجانب الآخر قاض أو لم يكن.

فإن قلده جانب ربيعه وقلد آخر جانب مضر كانت ولاية كل واحد منهما مقصورة على جانبه، ويجوز أن ينظر فيه بين أهله دون الطارئين إليه فلا يتعداهم ويقف نظره على ما قلد.

فإن كان بين الجانبين موضع مشترك بينها روعي الأغلب عليه في إضافته إلى أحدهما فجعل داخلاً فيه فإن استوى الأمران فيه روعي القرب، فما كان منه أقرب إلى جانب ربيعة دخل في ولاية قاضيه وما كان منه أقرب إلى جانب مضر دخل في ولاية قاضيه.

فلو تحاكم من الجانبين رجلان فدعا كل واحد منهما إلى قاضي جانبه نظر، فإن كان عند التنازع قد اجتمعا في أحد الجانبين أجيب قول من هو في جانبه في التحاكم إلى قاضيه لأن خصمه فيه، طالباً كان أو مطلوباً.

وإن كان بكل واحد منهما في جانبه عند التنازع فليس لواحد منهما أن يجبر الآخر على التحاكم إلى قاضيه لأن قاضيه لا يقدر أن يعديه على خصمه لخروجه عن نظره طالباً كان أو مطلوباً.

فإن أراد الطالب أن يستعدي قاضي المطلوب على خصمه وجب عليه أن يعديه ويحكم بينهما في جانبه لحصولهما في عمله.

فإن حصل أحد القاضيين في جانب الآخر لم يكن له أن يحكم فيه بين من تنازع إليه سواء كان من أهل عمله أو غير عمله لأن حكمه لا ينفذ إلا في عمله.

وإذا قلد الإمام قاضيين في بلد لينظر كل واحد منهما بين جميع أهله ففي جوازه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لا يجوز لما يفضي إليه أمرها من التجاذب في تنازع الخصوم إليهما ونبطل ولايتهما إن جمع بينهما في التقليد وتصح ولاية الأول إن قلد أحدهما بعد الآخر.

والثاني: وهو قول الأكثرين أنه يجوز لأنها استنابة كالوكالة التي يجوز أن يجتمع فيها وكيلان على اجتماع وانفراد.

فإن اختصم خصمان وجذب كل واحد منهما خصمه إلى أحدهما عمل على قول الطالب منهما دون المطلوب وحاكمه إلى من أراده منهما، لأن حكم كل واحد من القاضيين نافذ عليهما بخلاف ما قدمناه في القاضيين إذا كانا في جانبين لقصور نظر كل واحد منهما على جانبه وعموم نظر هذين القا ضيين في جميع البلد.

فإن كان كل واحد من المتنازعين طالباً ومطلوباً لتحاكمهما في قسمة ملك أو اختلافهما في ثمن مبيع أو قدر صداق يوجب تحالفهما فيه عمل على قول من دعا إلى أقرب القاضيين إليهما.

فإن استويا في القرب ففيه وجهان:

أحدهما: يقرع بينهما ويعمل بقول من قرع منهما.

والوجه الثاني: يقطع التنازع بينهما حتى يتفقا على الرضا بأحدهما.

وإذا قلد القاضي جميع البلد لينظر في أحد جانبيه أو في محلة منه أو في جامعه لم يصح لعموم ولايته، وكان التقليد باطلاً إن جعل ذلك شرطاً فيه كقوله قلدتك على أن تنظر فيه لتنافي حكم الشرط والإطلاق.

وإن خرج عن الشرط إلى الأمر كقوله: قلدتك قضاء البصرة فانظر في جامعها صح التقليد وبطل الشرط وجاز له أن ينظر في الجامع وغير الجامع؛ لأنه لا يملك الحجر عليه في مواضع جلوسه.

ولكن لو قال، قلدتك على أن تحكم في الجامع بين من جاءك فيه صح ولم يجز أن يحكم في غيره، بخلاف الولاية العامة لأن جعل الولاية مقصورة هاهنا على من جاء الجامع وهم لا يتعينون إلا فيه فلم يجز أن يحكم في غيره لخروجهم من ولايته.

فصل: تحديده بالأشخاص

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون التقليد مقصوراً على بعض أهل البلد دون جميعهم فيجوز إذا تميزوا عن غيرهم، فيقول قلدتك لتقضي بالبصرة بين العرب دون العجم ويقلد آخر القضاء بين العجم دون العرب فيكون كل واحد من القاضيين والياً على من اختص بنظره.

فلا يجوز لقاضي العرب أن يحكم بين العجم ولا لقاضي العجم أن يحكم بين العرب وليس لواحد منهما أن يحكم بين من ليس من العرب ولا من العجم كالنبط لخروجهم عن نظر كل واحد منهما.

فإن كان في البلد عربي النسب عجمي اللسان وعجمي النسب عربي اللسان، اعتبرت شواهد البلد، فإن كان فيها ما يدل على إرادة النسب دون اللسان أو اللسان دون النسب عمل عليه، وإن لم يدل على إرادة واحد منهما كان محمولاً على اعتبار النسب دون اللسان لأن النسب صفة لازمة واللسان صفة زائلة.

فإن كان في العجم موال للعرب ففي أحق القاضيين بالنظر في أحكامهم وجهان

مبنيان على اختلاف أصحابنا في موالي ذوي القربى هل يحرم عليهم من الصدقات ما يحرم على ذوي القربى، على وجهين:

أحدهما: يحرم عليهم ما يحرم على ذوي القربى تغليباً للولاء على النسب، فعلى هذا يكون قاضي العرب أحق بالنظر بينهم من قاضي العجم.

والوجه الثاني: أنه لا يحرم عليهم ما يحرم على ذوي القربى تغليباً للنسب على الولاء، فعلى هذا يكون قاضي العجم أحق بالنظر بينهم من قاضي العرب.

وإذا وقع التنازع بين عربي وعجمي فلهما حالتان:

أحدهما: أن يتفقا على التحاكم إلى قاضي أحدهما: فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يتفقا على قاضي المطلوب فينفذ حكمه بينهما؛ لأنه مندوب إلى استيفاء الحقوق من أهل نظره، والحق مستوفٍ من المطلوب للطالب.

والضرب الثاني: أن يتفقا على التحاكم إلى قاضي الطالب ففي نفوذ حكمه بينهما وجهان مخرجان من اختلاف قولي الشافعي رضي الله عنه في نفوذ حكم من تراضيا به من غير الحكام:

أحدهما: ينفذ حكمه.

والوجه الثاني: لا ينفذ.

والحال الثانية: أن يتجاذب المتنازعان ويدعو كل واحد منهما إلى نظر قاضيه. ففيه وجهان:

أحدهما: يوقف تنازعهما ويقطع تخاصمهما حتى يتفقا على قاضي أحدهما فإن اتفقا على قاضي المطلوب جاز وإن اتفقا على قاضي الطالب كان على ما مضى من الوجهين.

والوجه الثاني: أن يجتمع القاضيان على سماع الدعوى، لأن كل واحد منهما موجوداً بين أهل نظره، وليس له الانفراد في هذا النظر فلزم اجتماعهما عليه.

فإذا اجتمعا على سماع الدعوى تفرد بالحكم بينهما قاضي المطلوب دون الطالب.

وإن اقتضى الحكم سماع البينة تفرد بسماعها قاضي المشهود عليه دون المشهود له.

وإن وقف الحكم على يمين استوفاها قاضي الحالف دون المستحلف ليكون الحكم في الأحوال كلها نافذاً من قاضي المطلوب دون الطالب.

فإن امتنع القاضيان من الاجتماع أثما بالامتناع، وكان قاضي المطلوب أغلظهما مأثماً وأخذهما الأمير بالاجتماع جبراً.

ويجوز أن يكون القاضي مقصور الولاية على النظر بين خصمين معينين فيختص بالنظر بينهما ولا ينظر بين غيرهما، وله ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يرد النظر إليه بينهما في كل تنازع يحدث منهما فيكون بعد فصل الحكم بينهما باقي الولاية على ما يتجدد من تنازعهما.

والحال الثانية: أن يقتصر به على النظر في الحكم الذي تنازعاه في الوقت، فإذا فصل الحكم بينهما انعزل ولم يكن له أن يحكم بينهما فيما يتجدد من تنازعهما.

والحال الثالثة: أن يكون تقليده مطلقاً فيحمل على العموم دون الخصوص ويحكم بينهما في كل ما تجدد من نزاعهما.

ويتفرع على هذا أن يقلده الإمام قضاء بلد على أن يستخلف عليه ولا ينظر فيه بنفسه، فهذا تقليد اختيار، ومراعاة وليس بتقليد حكم ولا نظر.

فإذا قلد من اختاره ثبتت ولاية المختار، ولم يكن لمن اختاره عزله وله الإشراف عليه والمراعاة له.

ولو كان الإمام قد عين له على من يستخلفه جاز وكان هذا تقليد إنفاذ وإشراف وليس بتقليد حكم ولا اختيار.

فصل: [تحديد العمل بالزمان]

وأما القسم الثالث وهو أن يكون التقليد مقصوراً على بعض الأيام دون جميعها فيجوز إذا عين على اليوم الذي يحكم فيه، ولا يجوز إن لم يعينه، لأن النظر مقصور على المتحاكمين فيه فوجب تعيين اليوم ليتعين به الخصوم.

فإذا قلده النظر في يوم السبت لم يخل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يجعله ناظراً في كل سبت فيكون على ولايته بعد انقضاء السبت وإن لم يكن له أن ينظر في غيره لبقاء نظره على أمثاله.

والحال الثانية: أن يجعله ناظراً في سبت واحد فينعزل بعد غروب شمسه ولا يجوز له أن ينظر في أمثاله، وليس له أن يجمع في نظر السبت بين الليل والنهار لاختصاص اليوم بالنهار دون الليل.

والحال الثالثة: أن يطلق تقليده في يوم السبت فيحمل على الخصوص دون

العموم، وليس له النظر إلا في سبت واحد، وهو أول سبت يكون بعد التقليد، فإذا نظر فيه انعزل بغروب شمسه، ولو لم ينظر فيه لم يجز أن ينظر في غيره.

والفرق بين أن يقلده النظر بين اثنين فيحمل إطلاقه على العموم في كل تنازع، وبين أن يقلده النظر في يوم السبت فيحمل إطلاقه على الخصوص في سبت واحد هو بقاء الخصمين فحمل النظر بينهما على العموم وانقضاء السبت فحمل النظر فيه على الخصوص.

فلو قلد قاضياً أن ينظر في يوم السبت وقلد آخر أن ينظر في يوم الأحد كان كل واحد منهما مقصور النظر على يومه.

فإن ترافع خصمان في يوم السبت إلى قاضيه ولم ينفصل الحكم بينهما فيه حتى رجعا في يوم الأحد كان قاضي الأحد أحق بالنظر بينهما من قاضي السبت.

ولو تنازع خصمان فدعا أحدهما إلى قاضي السبت ودعا الآخر إلى قاضي الأحد، فإن كان تنازعهما في يوم السبت كان قاضيه أحق بالنظر بينهما.

وإن كان تنازعهما في يوم الأحد كان قاضيه أحق بالنظر بينهما.

وإن كان التنازع في غيرهما من الأيام لم يترجح قول واحد منهما حتى يستأنفا الترافع في أحد اليومين فيصير قاضي ذلك اليوم أحق بالنظر بينهما. وهكذا الحكم إذا قلده النظر في شهر من السنة فيكون مقصور الولاية على ذلك الشهر ليلاً ونهاراً لأن الشهر يجمعهما.

فهذا حكم الشرط الثالث وما اشتمل عليه من أقسامه الثلاثة.

فصل: [النظر]

وأما الشرط الرابع وهو النظر فهو على ضربين عام وخاص:

فأما العام: فهو أن يقلده النظر في جميع الأحكام فتكون ولايته مشتملة على جميع ما يختص بنظر القضاة وتشتمل على عشرة أقسام:

أحدها: تثبيت الحقوق عند التناكر من ديون في الذمم وأعيان في اليد بعد سماع الدعوى وسؤال الخصم، وثبوتها يكون من أحد الوجهين: إقرار أو بينة.

والقسم الثاني: استيفاء الحقوق بعد ثبوتها عند التمانع والتدافع فإن كانت في الذمة ألزم الخروج منها وحبس بها وإن كانت أعياناً سلمها إن امتنع الخصم من تسليمها.

والقسم الثالث: النظر في العقود من المناكح والبيوع وغيرها عند الاختلاف فيها ليحكم باجتهاده في صحتها وفسادها والتحالف عليها.

والقسم الرابع: فصل التشاجر في حقوق الأملاك من الشفعة والمياه والحدود والاستطراق والعمل بشواهد الأبنية. فأما مخارج الأبنية والأجنحة إلى الطرقات ومقاعد الأسواق.

فإن جاءه فيه متظلم نظر فيه ودخل في ولايته.

وإن لم يأت فيه متظلم دخل في الحسبة وكان أحق بالنظر فيه فإن لم يفتقر إلى اجتهاد تفرد المحتسب به وإن افتقر إلى اجتهاد كان القاضي أحق بالاجتهاد فيه وأولى من المحتسب ويكون المحتسب فيه منفذاً لحكم القاضي.

والقسم الخامس: الولاية على الأيامى في عقود مناكحهن لأكفائهن عند عدم أوليائهن أو غفلهن. وأسقط أبو حنيفة رحمه الله هذا القسم من ولايته مع البلوغ لتجويزه لهن أن ينفردن بالعقد على أنفسهن.

والقسم السادس: الولاية على ذوي الحجر بصغر أو جنون إذا عدم أولياء النسب أو لسفه يوقع به الحجر لا تعتبر فيه ولاية ذي النسب ويرتفع بإيناس الرشد وفك الحجر.

فأما أموال الغائبين عنها: فإن علموا بها فلا نظر للقاضي فيها لوقوفها على اختيار أربابها وإن لم يعلموا بها، لأنهم ورثوها وهم لا يعلمون فهي داخلة في نظر القاضي وعليه حفظها حتى يقدموا أو يوكلوا فتخرج حينئذ من نظره.

القسم السابع: الحكم بنفقات الأقارب والزوجات والعبيد وتقديرها برأيه واجتهاده.

والقسم الثامن: النظر في الوقوف والوصايا إن لم يكن فيها ناظر تولاها وإن كان فيها ناظر واعاها فإن كانت لمعينين نسقط الاجتهاد فيهم وإن كانت لموصوفين تعينوا باجتهاد الناظر قبل الحكم وباجتهاد القاضي عند الحكم.

والقسم التاسع: النظر في التعديل والجرح والتقليد والعزل يعمل فيه على اجتهاده سواء وافق فيه اجتهاد من قلده أو خالفه إلا في التقليد والعزل فيكون اجتهاد من قلده فيه أنفذ.

والقسم العاشر: إقامة الحدود على مستحقيها فيما تعلق بحقوق الآدميين من إقامة حد القذف بالزنا والقصاص في الجنايات على النفوس والأطراف.

فأما ما تعلق منها بحقوق الله المحضة كحد الزنا وشرب الخمر وتارك الصلاة فإن تعلقت باجتهاد كان القاضي أحق بها لاختصاصه بالاجتهاد في الأحكام ويأمر ولاة المعاون باستيفائها وهو أولى من مباشرتها بنفسه، وعليهم أن يعملوا بأمره فيها.

وإن لم يتعلق باجتهاد كان الأمير أحق بها لتعلقها بتقويم السلطنة فإن تعلق بها سماع البينة سمعها القاضي واستوفاها الأمير.

فأما قبض الصدقات وتفريقها في ذوي السهمان.

فإن قلد الإمام عليها ناظراً كان أحق بها من القاضي.

وإن لم يقلد عليها ناظراً ففي استحقاق القاضي النظر فيها بمطلق ولايته وجهان أحدهما له النظر فيها لأنها من حقوق الله فيمن أسماه لها.

والوجه الثاني: ليس له النظر فيها، لأنها من حقوق الأموال التي تحمل على اجتهاد الأئمة.

فأما أموال الفيء فليس له التعرض لها وجهاً واحداً، لأن وجوه مصرفها موقوف على اجتهاد الأئمة.

فأما الإمامة في صلاة الجُمع والأعياد، فإن ندب لها إمام كان أحق بها من القاضي.

وإن لم يندب لها إمام ففي اختصاص القاضي بإقامتها وجهان:

أحدهما: يقيمها لأنها من حقوق الله العامة.

والثاني: لا حق له في إقامتها، لأن الأمراء بها أخص فهذا حكم النظر العام.

تحديد سلطات القاضي:

فأما النظر الخاص: فهو أن يقلد النظر في المداينات دون المناكح أو الحكم بالإقرار من غير سماع بينه أو في نصاب مقدر من المال لا يتجاوزه فهذا جائز ويكون مقصور النظر على ما قلده قال أبو عبد الله الزبيري: لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد يحكم في مائتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها ويفرض النفقات ولا يتعدى بها موضعه ولا ما قدر له.

وإذا قلد النظر في المناكح جاز أنِ يحكم بجميع ما تعلق بها من صداق وفرض ونفقة وسكنى وكسوة ويزوج الأيامى ولا يحكم فيما بين الزوجين من المداينات ويجوز أن يحكم بأجرة الرضاع ولا يحكم بنفقة الأولاد ويحكم بنفقة خادم الزوجة ولا يحكم بنفقة خادم الزوج.

وإذا قلد النظر في نصاب مقدر بمائتي درهم فنظر فيها بين خصمين جاز أن ينظر بينهما ثانية في هذا القدر وثالثة.

وإذا كان بين شريكين أربعمائة درهم فأراد أن ينظر فيها جاز إذا كانت دعوى الشريكين متفرقة ولم يجز إن كانت دعواهما واحدة.

وإذا أراد أن ينظر في عروض قيمتها مائتا درهم جاز ألا عن نهي تغليباً لحكم التقدير دون الجنس فهذا حكم الشرط الرابع.

فصل: [العقد]

وأما الشرط الخامس وهو العقد الذي يصح به التقليد: فيشتمل على ثلاثة شروط:

أحدها: مقدمة العقد.

والثاني: صفة العقد.

والثالث: لزوم العقد.

فأما الشرط الأول في مقدمة العقد:

فهو أن يكون المولّي عارفاً بتكامل شروط القضاء في المولّى ليقع العقد صحيحاً بعد معرفته به.

فإن عرف تكاملها فيه جاز أن يقتصر على علمه به.

وإن لم يعرف تكاملها فيه سأل عنه.

فإن استفاض الخبر بمعرفته كانت الاستفاضة أوكد من الشهادة فلم يحتج معها إلا الاختبار.

وإن لم يستفض به الخبر جاز أن يقتصر فيه على شهادة عدلين بتكامل شروط القضاء فيه ويختبره المولّي ليتحقق باختباره صحة معرفته.

وهل يكون اختباره بعد الشهادة واجباً أو استحباباً؛ على وجهين:

أحدهما: أنه استحباب يستظهر به، لأن صحة الشهادة توجب العمل بها.

والوجه الثاني: أن لاختباره واجب لجواز أن يطرأ عليه نسيان أو اختلال.

فإن لم يشهد بتكامل صفاته شاهدان لزم اختباره قبل تقليده في كل شرط يعتبر في صحة تقليده من أصول وفروع.

فإن عرف صحتها من أجوبته قلده حينئذ، فإن النبي ﷺ اختبر معاذاً حين قلده قضاء اليمن، ولم يختبر علياً عند تقليده لأنه أخبر منه بمعاذ.

وإن قلده وهو لا يعلم تكامل الشروط فيه ثم علمها كان التقليد باطلاً، حتى يستأنفه بعد العلم بتكاملها لوقوع التقليد مع الشك فيه.

فصل: صفة العقد

وأما الشرط الثاني وهو صفة العقد: فهو معتبر باللفظ مع الحضور وبالمكاتبة مع الغيبة للضرورة، ولا يجوز أن يقتصر على المكاتبة مع الحضور لارتفاع الضرورة.

[لفظ العقد]:

ولفظ العقد: يشتمل على صريح وكناية ومختلف فيه.

فأما الصريح: فأربعة ألفاظ: قلدتك القضاء ووليتك القضاء أو استخلفتك على القضاء أو استنبتك على القضاء فلا يحتاج مع أحد هذه الألفاظ الأربعة إلى زيادة إلا أن يكون تأكيداً.

وأما الكناية: فأربعة ألفاظ: قد اعتمدت عليك في القضاء أو عولت عليك أو عهدت إليك بالقضاء أو وكلت إليك القضاء فلا ينعقد التقليد بأحد هذه الألفاظ الأربعة لاحتمالها حتى يقترن بها ما يزول به الاحتمال بإحدى نقطتين إما أن يقول فاحكم أو فانظر فيكون بالقرينة كالصريح في صحة التقليد.

وأما المختلف فيه فأربعة ألفاظ: قد فوضت إليك القضاء ورددت إليك القضاء وجعلت إليك القضاء وأسندت إليك القضاء ففيها وجهان:

أحدهما: أنها صريح في التقليد.

والثاني: وهو أصح أنها كناية.

ما يفتقر إليه عقد التقليد:

والذي يفتقر عقد التقليد إلى ذكره فيه شيئان:

أحدهما: ذكر البلد الذي يقلده فيه.

والثاني: صفة الحكم من عموم خصوص.

فإن أطلق كان على العموم دون الخصوص في المنازعات وعلى الخصوص دون العموم في الولايات.

ثم تمام العقد معتبر بقول المولى.

فإن كان حاضراً كان قبوله بالقول على الفور فيقول قد قبلت أو قد تقلدت فيتم عقد التقليد.

ولصحة هذا القبول شرطان:

أحدهما: أن يكون المولي عالماً بأن المولّى مستحق للولاية التي استنابه فيها فإن لم يعلم استحقاقه لها لم يصح قبوله.

والثاني: أن يعلم المولّى من نفسه أنه مستكمل للشروط المعتبرة في القضاء فإن علم أنه لم يستكملها لم يصح قبوله وكان بالقبول مجروحاً.

وإن كان غائباً جاز أن يكون قبوله على التراخي.

فإن شرع في النظر قبل القبول فهل يكون شروعه فيه قبولاً؟ على وجهين:

أحدهما: يكون قبولاً كالنطق فعلى هذا تكون أحكامه نافذة.

والوجه الثاني: لا يكون قبولاً حتى يصرح بالقبول نطقاً لأن الشروع في النظر فرع لعقد الولاية فلم يفقد به قبولها، فعلى هذا تكون أحكامه مردودة.

فصل: لزوم العقد

وأما الشرط الثالث وهو لزوم العقد: فهو معتبر في لزومه لأهل العمل وليس بشرط في لزومه للمولّي والمولى لأنه في حقهما من العقود الجائزة دون اللازمة لأنها استنابة كالوكالة. ولا يلزم في حق المستنيب ولا في حق المستناب.

ويجوز للمولي أن يعزله إذا شاء.

والأولى بالمولي أن لا يعزله إلا من عذر.

وأن لا يعزل المولى نفسه إلا لعذر.

فإن كان العزل من المولي إشاعة حتى لا ينظر المولّى بعد العزل فإن نظر بعده وقبل علمه بالعزل كان في نفوذ أحكامه وجهان كعقد الوكيل بعد عزله وقبل علمه.

وإن كان الاعتزال من المولّى إشاعة ليقلد المولّي غيره فإن حكم بعد اعتزاله رد حكمه.

فأما أهل العمل فالتقليد لازم في حقوقهم بإظهار الطاعة والتزام الحكم.

فإن امتنعوا من التزامه لعذر أوضحوه وإن كان لغير عذر أرهبوا.

فإن أقاموا على الامتناع حوربوا لأن التزام القضاء من الفروض فإذا امتنعوا من التزامه حوربوا عليه كما يحاربون على امتناعهم من الفروض ولزوم الطاعة صحة التقليد.

وعلمهم بها مختلف بقربهم وبعدهم.

فإن بعدوا من أن يشيع خبر التقليد فيهم أشهد المولى على نفسه شاهدين بالتقليد والعهد الذي تضمنته الولاية بعد قراءته عليهما وعلمهما بما فيه حتى يشهدا به عند أهل العمل، فإن عرفوا عدالتهما لزمتهم الطاعة وإن لم يعرفوها لم تلزمهم الطاعة حتى يكشفوا عن العدالة.

وإن لم يشهد بها شاهدان وورد القاضي المولّى فأخبرهم بولايته لا تلزمهم الطاعة إن لم يصدقوه.

وفي لزومها لهم أن صدقوه وجهان:

أحدهما: تلزمهم لأنهم اعترفوا بحق عليهم.

والوجه الثاني: لا تلزمهم لما يتضمنها من اقرارهم على المولى.

وإن كان العمل قريباً من المولى أشاع الولاية حتى يستفيض بها الخبر.

وفي اكتفائه بالإشاعة عن الشهادة وجهان:

أحدهما: يكتفي بها لأنها أوكد.

والوجه الثاني: لا يكتفي بها حتى يشهد لأن الشهادة أخص.

فإن جعلت الإشاعة كافية لزمت الطاعة وإن لم تجعل كافية لم تلزم الطاعة.

وليس كتب العهد شرطاً في التقليد، قد كتب رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم كتاباً ولم يكتب لمعاذ، واقتصر على وصيته وإنما يراد العهد ليكون شاهداً بما تضمنه من صفات التقليد وشروطه.

هل يشترط أن يكون مذهب القاضي موافقاً لمذهب الإمام؟

ولا يلزم في تقليد القضاء أن يكون مذهب المولى موافقاً لمذهب المولّي، ولا يمنع اختلاف مذهبيهما من التقليد بينهما فيجوز للشافعي أن يقلد حنفياً وللحنفي أن يقلد شافعياً لأن على القاضي أن يحكم بمذهبه لا بمذهب غيره ويعمل على اجتهاد نفسه لا على اجتهاد غيره.

حكم القاضي بغير مذهبه:

فإن كان شافعياً فأداه اجتهاده في قضية أن يحكم بمذهب أبي حنيفة جاز، وكان بعض أصحابنا يمنع من اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره لتوجه التهمة إليه وهذا وإن كانت السياسة تقتضيه بعد استقرار المذاهب وتميز أهلها. فحكم الشرع لا يوجبه لما يلزمه من الاجتهاد في كل حكم طريقه الاجتهاد.

فإذا قضى في حكم باجتهاد ثم أراد أن يقضي فيه من بعد لزمه إعادة الاجتهاد.

فإن أداه إلى خلاف الأول كان كل واحد من الحكمين ماضياً وقد شرك عمر في عام، ولم يشرك في عام وقال هذه على ما قضينا وتلك على ما قضينا.

هل للإمام أن يشترط على القاضي القضاء بمذهب معين؟

فإن شرط المولي على المولى في عقد التقليد أن لا يحكم إلا بمذهب الشافعي

أو بمذهب أبي حنيفة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الشرط عاماً.

والثاني: أن يكون خاصاً.

فإن كان عاماً: فقال لا يحكم في جميع الأحكام إلا بمذهب الشافعي أو بمذهب أبي حنيفة كان هذا الشرط باطلاً سواء كان موافقاً لمذهب المولى أو مخالفاً، لأنه قد منعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد.

فأما صحة التقليد وفساده فمعتبر بشرطه.

فإن عدل به عن لفظ الشرط وأخرجه مخرج الأمر فقال احكم بمذهب الشافعي أو اخرجه مخرج النهي فقال لا تحكم بمذهب أبي حنيفة صح التقليد وإن بطل ما أمر به ونهاه عنه.

وإن جعله بلفظ الشرط في العقد فقال على أن تحكم بمذهب أبي حنيفة إن جعله أمراً أو على أن لا تحكم بمذهب الشافعي، إن جعله نهياً بطل التقليد لفساد الشرط لأنه معقود على شرط فاسد. وقال أهل العراق لا يبطل التقليد وإن بطل الشرط كما لو لم يخرج في العقد مخرج الشرط.

وفرق ما بينهما يمنع من تساوي حكمهما.

وأما الضرب الثاني وهو أن يكون الشرط خاصاً في حكم بعينه فلا يخلو من أن يكون أمراً أو نهياً.

فإن كان أمراً فقال أقد المسلم بالكافر ومن الحر بالعبد كان أمره بهذا الشرط فاسداً.

فإن تجرد عن لفظ الشرط صح التقليد مع فساد الشرط.

وإن قرنه بلفظ الشرط بطل التقليد لفساد الشرط.

وإن كان الشرط نهياً: فعلى ضربين.

أحدهما: أن ينهاه عن الحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد ولا يقضي فيه بوجوب قود ولا بإسقاطه فهذا شرط فاسد وتقليد صحيح لأنه اقتصر بولايته على ما عداه فصار خارجاً من نظره.

والضرب الثاني: أن لا ينهاه عن الحكم فيه وينهاه عن القضاء بالقصاص: فقد اختلف أصحابنا في هذا النهي هل يوجب صرفه عن النظر فيه؟ على وجهين:

أحدهما: يكون صرفاً عن النظر فيه فلا يحكم فيه بإيجاب قود ولا بإسقاطه فعلى هذا يكون التقليد صحيحاً فيما عداه.

والوجه الثاني: أنه لا يقتضي الصرف ويصير النهي عنه أمراً بضده أن يقتص من المسلم بالكافر ومن الحر بالعبد.

فإن تجرد عن لفظ الشرط صح التقليد مع فساد الشرط وحكم فيه بما يؤديه اجتهاده إليه من وجوب القود أو إسقاطه.

وإن اقترن بلفظ الشرط بطل التقليد لفساد الشرط، وإن حكم العراقيون بصحته مع فساد الشرط.

فصل: سبر الإمام أحوال البلاد قبل التقليد:

فإذا استقر ما ذكرنا من أحكام هذه المقدمة وأقسامها فعلى الإمام أن يسبر أحوال البلاد في القضاء ويكشف عن أحوال القضاة فيها.

فإذا علم أن في البلد قاضياً مستحقاً للنظر سقط عنه فرضه.

وإن علم أن لا قاضي فيه أو فيه من لا يستحق النظر وجب عليه أن يقلد فيه قاضياً وكان ذلك عليه فرضاً متعيناً.

فإن كان في البلد من يصلح للقضاء كان تقليده لمعرفته به وبأهله أولى من تقليد الغريب.

فإن عدل عنه إلى غريب صح تقليده.

تقليد غير المعين:

فإن قلد الإمام غير معين فقال من نظر من أهل البصرة في قضائها فهو مقلد من جهتي لم يجز لأنه قد يجوز أن ينظر فيه من ليس من أهله.

فإن قال: من نظر فيه من علمائه فقد قلدته لم يجز للجهل به.

فإن ذكر عدد الصور فقال إن نظر فيه يزيد أو عمرو أو بكر فقد قلدته لم يجز أيضاً لأن المقلد منهم مجهول.

ولو قال إن نظر في قضاء البصرة زيد فقد قلدته لم يصح تقليده وإن نظر فيه لأنه عقد علق بشرط.

ولكن لو ذكر عدداً أسماهم وقلدهم ثم قال فأيهم نظر فيه فهو القاضي دون غيره صح التقليد في الناظر سواء قل العدد أو كثر لأنه جعل نظره عزلاً لغيره، ولم يجعله شرطاً في تقليده.

ولو جعلهم جميعاً ناظرين فيه بطل تقليدهم إن كثروا، وفي صحته وإن قلّوا وجهان على ما مضى والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أُحِبُّ أَنْ يَقْضِيَ القَاضِي فِي مَوْضِعٍ بَارِزٍ لِلنَّاسِ».**

قال الماوردي: وهذا صحيح. وهو من آداب القضاء دون أحكامه.

فأول آدابه إذا ورد بلد عمله أن يعلمهم قبل دخوله بوروده قاضياً فيه إما بكتاب أو رسول ليعلم ما هم عليه من موافقة أو اختلاف.

فإن اتفقوا جميعاً على طاعته دخل.

وإن اتفقوا جميعاً على مخالفته توقف، واستطلع رأي الإمام.

استصحاب كتاب الإمام:

والأولى أن يستصحب القاضي كتاب الإمام إلى أمير البلد بتقليده القضاء حتى يجمعهم على طاعته جبراً إن خالفوه.

فإن وافقه بعضهم اعتبر حال موافقيه فإن كانوا أكثر عدداً من مخالفيه وأقوى يداً دخل.

توطيد الإمام السبل للقاضي:

وإن كانوا أقل عدداً وأضعف يداً توقف وعلى الإمام رد مخالفيه إلى طاعته ولو بقتالهم عليه حتى يذعنوا بالطاعة وليعنه بما ينفذ أمره فيهم ويبسط يده عليهم ليقدر على الانتصاف من القوي للضعيف ومن الشريف للمشروف فقد روي عن النبي ﷺ: «إن الله لا يقدس أمة لا يؤخذ للضعيف فيهم حقه»[1].

ثم ينادي في البلد إن اتسع بوروده ليعلم به الداني والقاصي والخاص والعام والصغير والكبير، فيكون أهيب في النفوس وأعظم في القلوب.

ويختار أن يكون دخوله إلى البلد في يوم الاثنين اقتداء برسول الله ﷺ في دخوله المدينة عند هجرته إليها.

ويختار أن يسكن في وسط البلد ليقرب على جميع أهله كما يقبل الإمام بوجهه في الخطبة قصد وجهه ليعم جميع الناس.

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٣/٢٥٦ والبيهقي ٦/١٤٥، ١/٩٣ والشافعي في المسند (١٣٩٧) والطبراني في الكبير ١٠/٩٣ وانظر الكنز (٥٥٤٤، ٥٥٤٥، ١٤٦٤٩) (٥٥٤٦، ٥٥٧٤) وابن سعد في الطبقات ٣/ ١/ ٨.

ويختار أن يبدأ بقراءة عهده قبل نظره ليعلم الناس ما تضمنه من حدود عمله ومن صفة ولايته في عموم أو خصوص فيجمع الناس لقراءته في أفسح بقاعه من جوامعه ومساجده لأنه يتضمن طاعة الله في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ثم ينظر بعد قراءته ولو بين خصمين لتستقر [به] (١) ولايته بالنظر ويتوطأ له الخصوم في الحكم وليعلم الناس قدر علمه وضعفه.

فصل: ثم يقرر أمرين يعتمدها الخصوم في نظره أحدهما أن يجعل مجلس نظره من بعد معروف المكان مخصوصاً بالنظر في الأحكام حتى لا يسألوا عنه إن خفي عليهم ولا يعدلوا عنه إن نظر في غير أحكامهم.

والثاني: أن يكون زمان نظره معيناً عليه من الأيام ليتأهبوا فيه للتحاكم إليه.

فإن كثرت المحاكمات ولم يتسع لها بعض الأيام لزمه النظر في كل يوم.

ويكون وقت نظره من اليوم معروفاً ليكون باقيه مخصوصاً بالنظر في أمور نفسه وراحته ودعته.

وإن قلَّت المحاكمات واتسع لها بعض الأيام جعل يوم نظره في الأسبوع مخصوصاً بحسب الحاجة فيه من يوم أو يومين أو ثلاثة، معتبراً بقدر الحاجة حتى يستعد الناس للتحاكم فيه.

فإن تجدد في غير يوم النظر ما لا يمكن تأخيره فيه نظر فيه ولم يؤخره.

ويختار أن تكون أيام نظره من الأسبوع: السبت والاثنين والخميس.

فصل: القضاء في موضع بارز

قال الشافعي: وأحب أن يقضي في موضع بارز للناس.

ومراده بهذا شيئان:

أحدهما: أن لا يخرج مع البروز إلى الاستئذان عليه.

والثاني: أن يكون الموضع فسيحاً ترتاح فيه النفوس ولا يسرع فيه المال فقد قيل: خير المجالس ما سافر فيه البصر واتدع فيه الجسد.

وبحسب هذين الأمرين اختلفت الرواية في نقل المزني في موضع بارز للناس فرواه بعضهم بالخفض وجعله صفة للموضع في الفساحة والسعة ومنهم من رواه بالنصب بارزاً للناس وجعله صفة للقاضي في ظهوره من غير إذن.

---

(٢) سقط في ب.

ولئن لم يحتج مع بروزه إلى الإذن عليه فمن أدب المتنازعين أن لا يبدأ بالدعوى إلا بعد إشعاره وإذنه.

فإن نظر بينهم في داره التي لا يدخلها أحد إلا بإذنه جاز ولم يكره وإن قلّ.

روت أم سلمة قالت اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان من الأنصار في مواريث متقادمة فقضى رسول الله ﷺ بينهما في بيتي [١] وكان بين عمر بن الخطاب وأبي بن كعب رضي الله عنه منازعة فأتيا زيد بن ثابت في بيته فقضى بينهما وقال لعمر لو أمرتني لجئت فقال عمر في بيته يؤتى الحكم[٢].

فإن كثرت المحاكمات عدل عن النظر في داره التي تحوج إلى الاستئذان إلى المجلس الذي وصفناه بالشرطين المتقدمين وإن كان حكمه نافذاً في الأحوال كلها.

كراهة اتخاذ الحاجب:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لَا يَكُونُ دُونَهُ حِجَابٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح يكره للقاضي أن يكون محتجباً لما ذكرناه.

ويكره أن يكون له حاجب على إذنه يكون وصول المتنازعين إليه موقوفاً على إذنه.

روى القاسم بن مخيمرة عن أبي مريم صاحب رسول الله ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «من ولي من أمور الناس شيئاً فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله دون فاقته وفقره»[٣].

وقلد عمر سعد بن أبي وقاص الكوفة فقضى فيها زماناً بغير حاجب ثم اتخذ حاجباً فعزل عمر حاجبه، ولأنه ربما منع الحاجب ذا ظلامة لهوى، وربما استعجل على الإذن وارتشى.

فإن اتخذ حاجباً في غير مجلس الحكم لم يكره له.

بل إذا احتجب عن الناس في غير مجلس الحكم وزمانه كان أحفظ لحشمته وأعظم لهيبته.

وكان بعض أصحابنا يقول إنما يكره للقاضي اتخاذ الحاجب في زمان الاستقامة

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٨٥) والدارقطني ٤/٢٣٩ والحاكم ٤/٩٥.

(٢) أخرجه البيهقي ١٠/١٤٤.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٩٤٨) والترمذي (١٣٣٢) والحاكم ٤/٩٣ وانظر تلخيص الحبير ٤/١٨٨.

وسداد أهله فأما في زمان الاختلاط والتهارج واستطالة السفهاء والعامة فالمستحب له أن يتخذ حاجباً يحفظ هيبة نظره ويمنع من استطالة الخصوم.

فأما الأئمة فلا يكره لهم اتخاذ الحجاب بل يستحب لهم بخلاف القضاة لأنهم ينظرون في عموم الأمور فاحتاجوا، أن يفردوا لكل نظر وقتاً يحرسه الحجاب عليهم ويمنعوا من دخول أصناف الناس في غير أوقاتهم، وقد كان يرفأ حاجباً لعمر رضي الله عنه فاجتمع على بابه أبو سفيان بن حرب وسهيل بن عمرو وسلمان وبلال وصهيب وجماعة من وجوه العرب فأذن لسلمان وبلال وصهيب فتمعّر وجه أبي سفيان فقال سهيل بن عمرو: يا أبا سفيان: إن هؤلاء قوم دعوا ودعيت فأجابوا وتأخرت، ولئن حسدتهم اليوم على باب عمر لأنت غداً أشد حسداً لهم على باب الجنة ولولا الحجاب لما تميز هؤلاء بالسابقة ولا ترتب الناس بحسب فضائلهم وأقدارهم واستصعب الإذن على المغيرة بن شعبة في خلوة أرادها مع عمر فرشا يرفأ حتى سهل له الإذن عليه، وكان يسأل يرفأ أن يجلسه في الدهليز إذا تعذر عليه الوصول حتى يظن الناس أنه قد وصل حتى تبدو له منزلة الاختصاص بعمر فكان المغيرة أول من رشا ويرفأ أول من ارتشى في الإسلام.

ومن مثل هذا كره الحجاب لأن الحاجب ربما فعل ما لا يراه المحتجب وقد كان الحسن حاجب عثمان وقنبر حاجب علي رضي الله عنهم.

شروط الحاجب:

والشروط المعتبرة في هذا الحاجب نوعان: واجب ومستحب.

فأما الواجب: فثلاثة: العدالة والعفة والأمانة.

وأما المستحب: فخمسة: أن يكون حسن المنظر جميل المخبر عارفاً بمقادير الناس بعيداً عن الهوى والعصبية معتدل الأخلاق بين الشراسة واللين.

القضاء في غير المسجد وكراهة القضاء فيه:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: وَأَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ المَسْجِدِ لِكَثْرَةِ الغَاشِيَةِ وَالمُشَاتَمَةِ بَيْنَ الخُصُومِ».

قال الماوردي: أما القضاء في المسجد فلا يكره في حالتين:

أحدهما: في تغليظ الأيمان به إذا لزم تغليظها بالمكان والزمان، فإن رسول الله ﷺ غلظ لعان العجلاني في مسجده، والحال الثانية: أن يحضر القاضي الصلاة فيتفق حضور خصمين إليه فلا يكره له تعجيل النظر بينهما فيه قد قضى رسول الله ﷺ

في مسجده على هذا الوجه وكذلك من قضى من الأئمة بعده؛ لأن حضورهم في المسجد لم يكن مقصوراً على القضاء فيه.

وأما ما عدا هاتين الحالتين أن يجعل المسجد مجلساً لقضائه بين الخصوم فمكروه عند الشافعي.

وقال مالك وأحمد وإسحاق: لا يكره وهو قول الشعبي وعن أبي حنيفة في كراهته روايتان استدلالاً برواية الشعبي قال: رأيت عمر بن الخطاب مستنداً إلى القبلة يقضي بين الناس.

وقال الحسن دخلت المسجد فرأيت عثمان بن عفان قد ألقى رداءه على كومة خطار ونام عليه وأتاه سقاء بقربته ومعه خصم فجلس عثمان وقضى بينهما. وروي عن علي أنه كان يقضي بين الناس في المسجد.

وإذا كان هذا من فعل رسول الله ﷺ والأئمة الراشدين من بعده لم يكره.

ودليلنا على كراهته ما رواه ابن بريدة عن أبيه أن رسول الله ﷺ سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال: «لا وجدتها إنما بنيت المساجد لذكر الله والصلاة» [(١)] فدل على كراهة ما عداهما فيه.

وروى معاذ أن النبي ﷺ قال: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم وحدودكم وسل سيوفكم وشراءكم وبيعكم» [(٢)].

وروى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى القضاة أن لا تقضوا في المساجد.

وسمع عمر رجلاً يصيح في المسجد فقال له أتدري أين أنت؛ ولأن حضور الخصوم لا يخلو من لغط ومنابذة وربما تعدى إلى سب ومشاتمة، والمساجد تصان عن هذا ولأنه ربما كان في الخصوم جنب وحائض يحرم عليهما دخول المسجد، ولأن لغط الخصوم يمنع خشوع المصلين، وسواء صغر المسجد أو كبر.

فأما ما روي عن الصحابة من النظر فيه فإنما كان نادراً على الوجه الذي قدمناه.

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب المساجد باب ١٨ حديث (٨٠، ٨١) وابن خزيمة (١٣٠١) وعبد الرزاق في المصنف (١٧٢١) والنسائي في المساجد باب (٢٥) وابن ماجة (٧١٥) وأحمد ٥/ ٣٦٠ وأبو عوانة ١/ ٤٠٧.

(٢) أخرجه ابن ماجة (٧٥٠) وعبد الرزاق (١٧٢٧، ١٧٢١) والطبراني في الكبير ٨/ ١٥٦ وابن حجر في المطالب (٣٥٧) وانظر نصب الراية ٢/ ٤٩١ والهيثمي في المجمع ٢/ ٢٥ ـ ٢٦ والعقيلي في الضعفاء ٣/ ٣٤٨ وابن الجوزي في العلل ١/ ٤٠٤.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فِي أَرْفَقِ الأَمَاكِنِ بِهِ وَأَحْرَاهَا أَنْ لاَ تُسْرِعَ مَلاَلَتُهُ فِيهِ».

قال الماوردي: يريد بأرفق الأماكن به أن يكون الموضع إن احتاج فيه إلى الغائط أو البول قدر عليه وإن عطش شرب الماء فيه وإن جاع أكل فيه الطعام، لأنها أحوال لا يستغني القاضي عنها.

ويريد بقوله وأحراها أن لا تسرع ملالته فيه أن يكون الموضع يقي من الحر والبرد والشمس والمطر كثير الضوء حتى لا يناله أذى فيضجر ولا سأمة فيمل ليكون على أكمل أحواله.

كراهة إقامة الحدود في المساجد:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَنَا لإِقَامَةِ الحَدِّ فِي المَسْجِدِ أَكْرَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وهو قول الأكثرين أن إقامة الحدود في المساجد مكروهة.

وحكي عن أبي حنيفة أنها غير مكروهة لأمرين أحدهما أنها أشهر نكالاً وأبلغ زجراً كما فعل رسول الله ﷺ في المتلاعنين والثاني أنهما من حقوق الله فكانت المساجد بها أخص كالعبادات.

ودليلنا ما روى عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد»[1] وقد روى حكيم بن حزام أن النبي ﷺ نهى أن تقام الحدود في المساجد وأن يستقاد فيها[2] ولأن الحدود ربما أرسلت حدثاً وأنهرت دماً وصيانة المسجد من الأنجاس واجبة، ولأن صياح المحدود قاطع لخشوع المصلين.

واستدلاله بالأمرين مدخول لأنه لا يؤمن فيه ما يخاف من الحدود.

لا يحكم وهو غضبان:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَمَعْقُولٌ فِي قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «لاَ يَحْكُمُ الحَاكِمُ وَلاَ يَقْضِي القَاضِيَ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ» أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي حِينَ يَحْكُمُ

---

(١) أخرجه الترمذي (١٤٠١) والدارمي ٢/ ١٩٠ وابن ماجة (٢٥٩٩) وأحمد ٣/ ٤٣٤ والطبراني في الكبير ٢/ ١٤٧، ٣/ ٢٢٨، ١١/ ٦ وابن أبي شيبة ١٠/ ٤٢، ٤٣ وابن حجر في المطالب (٣٦٠) والبيهقي ٨/ ٣٢٨، والحاكم ٤/ ٣٦٩ وعبد الرزاق في المصنف ١٧١٠، ١٨٢٣٤ وأبو نعيم في الحلية ٤/ ١٨ والدارقطني ٣/ ٨٦، ١٤١ وانظر التلخيص ٤/ ٧٧ ونصب الراية ٤/ ٣٤٠.

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢٦٠٠) أخرجه أحمد ٥/ ٣٨.

فِي حَالٍ لاَ يَتَغَيَّرُ فِيهَا خُلُقُهُ وَلاَ عَقْلُهُ وَالْحَاكِمُ أَعْلَمُ بِنَفْسِهِ فَأَيُّ حَالٍ أَتَتْ عَلَيْهِ تَغَيَّرَ فِيهَا عَقْلُهُ أَوْ خُلُقُهُ انْبَغَى لَهُ أَنْ لاَ يَقْضِي حَتَّى يَذْهَبَ وَأَيُّ حَالٍ صَارَ إِلَيْهِ فِيهَا سُكُونُ الطَّبِيعَةِ وَاجْتِمَاعُ الْعَقْلِ حَكَمَ وَإِنْ غَيَّرَهُ مَرَضٌ أَوْ حَزَنٌ أَوْ فَرَحٌ أَوْ جُوعٌ أَوْ نُعَاسٌ أَوْ مَلاَلَةٌ تَرَكَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح ينبغي للقاضي أن يعتمد بنظره الوقت الذي يكون فيه ساكن النفس معتدل الأحوال ليقدر على الاجتهاد في النوازل ويحترس من الزلل في الأحكام.

فإن تغيرت حاله بغضب أو حرد تغير فيها عقله وخلقه توقف عن الحكم احترازاً من الزلل فيه لرواية الشافعي عن سفيان عن عبد الملك بن عمير عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبي بكرة عن النبي ﷺ قال: «لا ينبغي للقاضي أن يقضي بين اثنين وهو غضبان»[1].

وروى قيس بن الربيع وأبو مالك عن عبد الملك بن عمير عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه أنه كتب إليه وهو بسجستان: أما بعد فلا تقض بين اثنين وأنت غضبان فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان»[2].

لا يحكم إلا وهو شبعان ريان:

فإذا لحق القاضي حال تغير فيها عقله أو خلقه أو فهمه من غضب أو حزن أو فرح أو مرض أو جوع أو عطش توقف عن الحكم حتى يعود إلى سكون نفسه وكمال عقله وهدوء طبعه وظهور فهمه وقد روى عبد الله بن عبد الرحمن الأنصاري عن أبيه عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريّان»[3].

وروى أبو عوانة عن عبد الملك بن عمير عن عبد الرحمن بن أبي بكرة أن النبي ﷺ قال: «لا يقضي القاضي وهو غضبان مهموم ولا مصاب محزون، ولا يقضي وهو جائع»[4].

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٣٢١٦) وهو عند البخاري ومسلم بلفظ لا يحكم (٧١٥٨) ومسلم (١٧١٧) والترمذي (١٣٣٤) وأحمد ٥/٤٦ والنسائي ٨/٢٣٧ وابن أبي شيبة ٧/٢٣٢ والبيهقي ١٠/١٠٥.

(٢) انظر المصادر السابقة.

(٣) أخرجه الدارقطني ٤/٢٠٦ والبيهقي ١٠/١٠٥ وفيه القاسم العمري في التاريخ ٦/٢٧٧ وابن عدي في الكامل (٢٥٠٩) وابن حجر في المطالب (٢١٢٧) وذكره الهيثمي في المجمع ٤/١٩٥ وانظر الفتح ١٣/١٣٧.

(٤) أخرجه أبو عوانة باللفظ الأول ٤/١٥ ـ ١٧.

ولمّا نهى رسول الله ﷺ أن يصلي الرجل وهو يدافع الأخبثين والصلاة لا تحتاج من الاجتهاد إلى ما يحتاج إليه في الأحكام فكان منع الأخبثين من القضاء أولى، وكان الشعبي يأكل قبل الفجر، فقيل له في ذلك فقال آخذ حكمي ثم اخرج فاقضي بين الناس.

وقال الشافعي: والحاكم أعلم بنفسه فأي حال أتت عليه تغير بها عقله أو خلقه انبغى له أن لا يقضي حتى تذهب.

فعلى هذا إن قضى في هذه الأحوال التي منع من القضاء فيها نفذ حكمه إن وافق الحق لأن الزبير بن العوام ورجلاً من الأنصار اختصما إلى رسول الله ﷺ في شراج الحرّة، قال رسول الله ﷺ: اسقِ زرعك يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك فقال الأنصاري: أن كان ابن عمتك فتمعّر وجه رسول الله ﷺ وقال: اسق زرعك يا زبير ثم احبس الماء حتى يبلغ أصول الجدر[1] فكان في الحكم الأول استنزل فيه الزبير عن كمال حقه ثم وفاه في الحكم الثاني وقد أمضاه في غضبه فدل على نفوذ حكمه.

فصل: استيفاء القاضي حاجاته الأساسية:

فإذا ما ذكرنا فيختار للحاكم أن لا يجلس للحكم العام إلا بعد سكون نفسه بالأكل والشرب حتى لا تتوق نفسه إلى واحد منهما ويتعرض للأخبثين ويستوفي حظه من النوم والدعة ويقضي وطره من الجماع حتى يغض طرفه عن الحرم ويلبس ما يستدفع به أذى وقته من حر أو برد ويفرغ من مهمات أشغاله لئلا يهتم بما يشغل خاطره عن الاجتهاد في الأحكام.

ويصلي عند التأهب للجلوس ركعتين، فإن كان جلوسه في مسجد كانت الصلاة تحية مسنونة فيصليها في كل وقت، وإن كان من أوقات النهي، وإن كان جلوسه في غير مسجد كانت الصلاة تطوعاً فيصليها في غير أوقات النهي ويدعو الله بعدها بما رواه عاصم بن سليمان عن الشعبي عن أم سلمة قالت كان رسول الله ﷺ إذا خرج من بيته قال: «اللهم إني أعوذ بك أن أزلَّ أو أُزَلَّ أو اضِلَّ أو أُضَلَّ أو أظلِمَ أو أُظلَم أو أجهل أو يُجهل علي»[2].

وكان الشعبي يقولهن ويزيد عليهن أو أعتدي أو يعتدى عليّ، اللهم أعني بالعلم وزيني بالحلم وأكرمني بالتقوى حتى لا أنطق إلا بالحق ولا أقضي إلا بالعدل ويستحب

---

(١) أخرجه البخاري ٥/ ٣٤ (٢٣٥٩) (٤٥٨٥) ومسلم ١٨٢٩/٤ (٢٣٥٧/١٢٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٥٠٩٤) وابن ماجة (٣٨٨٤) وأحمد ٣٢٢/٦ والحميدي (٣٠٣) والخطيب في التاريخ ١٤١/١١ وابن حجر في المطالب (٣٣٦٤) وانظر كنز العمال (١٨٤٢٠).

أن يقول هذا إذا جلس للحكم ثم يشرع في نظره بعد استقبال القبلة لا سيما إن كان في مسجد لقول النبي ﷺ خير المجالس ما استقبل به القبلة[١].

فصل: [القول فيما يبدأ به القاضي بعد استقرار ولايته]:

فإذا تصدى للحكم بعد استقرار ولايته وانقياد الناس إلى طاعته كان أول ما يبدأ به في نظره ما اختص بأمانات الحكم. وأماناته: ما يلزمه النظر فيه من غير مستعد إليه وذلك خمس أمانات.

[القول في أمانات الحكم]:

أولاً ديوان الحكم:

أولها أن يتسلم ديوان الحكم ممن كان قبله أو من أمين إن كان في يده، وديوان الحكم هو حجج الخصوم من المحاضر والسجلات وكتب الوقوف لأن الحكام يستظهرون في حفظ الحقوق على أربابها بحفظ حججهم ووثائقهم في نسختين يتسلم المحكوم له إحداهما وتكون الأولى في ديوانه حجة يرجع إليها إذا احتاج ليكون على نفسه مما في يده.

فإذا تسلمها واتسع له الزمان تصفحها وعمل بموجب ما تضمنها إذا دعته الحاجة إليه.

ولا يحكم بما فيها إلا أن يشهد به شاهدان ولا يحكم بخط القاضي قبله ولا بخط نفسه إلا أن يذكره لاشتباه الخطوط وإمكان التزوير عليها.

فصل: [القول في تصفح أحوال المحبوسين]

والأمانة الثانية: أن يكون أول ما ينظر فيه أن يتصفح أحوال المحبوسين.

ولا يحتاج في تصفح أحوالهم إلى متظلم إليه لعجز المحبوسين عن التظلم.

فينفذ إلى الحبس ثقة أميناً ومعه شاهد عدل.

فيثبت بالقرعة اسم كل واحد من المحبوسين وما حبس به واسم خصمه حتى يستوعب جميعهم. ويتصفحه القاضي. ثم ينادي في الناس ثلاثة أيام إن اتسع البلد أو يوماً إن صغر: إن القاضي قد بدأ في أمور المحبوسين فمن كان له على محبوس حق فليحضر في يوم كذا ويعين لهم على اليوم.

ويكون عقيب فراغه من النداء ليتعجل أمرهم ولا يتأخر فيجعله اليوم الرابع من ندائه.

---

(١) أخرجه أبو نعيم في تاريخ أصفهان ١/ ٢١٧، ٢/ ٧ وانظر كشف الخفا ١/ ٤٧٤.

فإذا اجتمع الخصوم أقرع بين المحبوسين فيمن يقدمه في النظر، ولم يقرع بين الخصوم، لأن نظره للمحبوسين على خصومهم ولم يقتصر على القرعة الأولى في إثبات أسمائهم.

فإذا فرغ أحدهم أمر بإخراجه ونادى بإحضار خصمه. ولا يفتقر في إخراج المحبوسين إلى إذن خصمه، لأنه يخرج في حقه لا في حق حابسه.

وإن كان الحبس بعيداً من مجلس الحكم أخرج بالقرعة جميع من يقدر على النظر بينهم في يومه قبل شروعه في النظر.

فإذا تكاملوا بدأ بالنظر في أمر الأسبق بالقرعة الماضية ولم يستأنف قرعة ثانية لأن القرعة لإخراجه إنما كانت للنظر في أمره.

وإن كان الحبس قريباً من مجلس الحكم لم يخرج منه ثانياً إلا بعد فراغه من النظر في أمر الأول؛ لأن المقصود اتصال نظره وقد لا يتصل مع البعد إلا بإخراج جميعهم، ويتصل مع القرب بإخراج واحد بعد واحد.

فإذا تقدم المحبوس إليه سأله عن سبب حبسه ولم يقتصر على السؤال الأول في الحبس وعارضه به فإن اتفقا وإلا عمل على أغلظ الأمرين من الأول والثاني فإن ثبت في ديوان الحكم سبب حبسه قابله بما قاله في الأول والثاني وعمل على أغلظ الثلاثة.

فإذا استقر العمل بأحدها كان له فيما يذكره من سبب حبسه خمسة أحوال:

أحدها: أن يقول حبسني تعزيراً للذي كان مني ولم يحبسني لخصم، فقد استوفى حبس التعزير بعزل الأول وإن لم يستكمل مدة حبسه مع بقاء نظر الأول؛ لأن الثاني لا يعزر لذنب كان مع غيره.

ولم يطلقه لجواز أن يكون له خصم لم يذكره حتى ينادي في الناس أياماً بأن القاضي قد رأى إطلاق فلان من حبسه فإن كان له خصم قد حبس له فليحضر ولا ينادي بأن يحضر كل خصم له ممن لم يحبس في حقه.

فإذا مضت ثلاثة أيام ولم يحضر له خصم أطلقه بعد إحلافه أنه ما حبس بحق لخصم.

والحال الثانية: أن يقول حبسني لتعديل بيّنةٍ شهدت علي فقد اختلف أصحابنا في جواز حبسه بذلك على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي يجوز حبسه على تعديل البينة، لأن على المدعي إقامة البينة، وعلى القاضي الكشف عن العدالة فلم يمنع ما على القاضي من حبسه في حق المدعي.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يحبس على تعديل البينة لأن الحق لا يلزم إلا بعد ثبوت عدالتهما.

فإن قيل: بجواز حبسه لم يجز إطلاقه ولا إعادته إلى حبسه من غير استدعاء لخصومه لبقائه على حاله.

وإن قيل: بأن حبسه لا يجوز نظر فإن كان القاضي قال قد حكمت بحبسه لزم حبسه باجتهاده ولم يجز إطلاقه وإن لم يقل قد حكمت بحبسه وجب إطلاقه لكن لا يعجل بإطلاقه حتى ينادي في الناس ثلاثة أيام أن القاضي قد حكم بإطلاق فلان من حبسه فإن كان له خصم قد حبس له فليحضر ثم يطلقه بعد الثلاثة.

والحال الثالثة: أن يقول حبسني تعدياً بغير حق ولغير خصم فقد ادعى ما يخالف الظاهر من أحوال القضاة وحبسه حكم فلا ينقض إلا بيقين الفساد وعمل على بيّنة إن كانت.

فإن شهدت أنه حبس بحق عزر في جرحه لحابسه.

وإن شهدت أنه حبس لظلم نادى ثلاثاً في حضور خصم إن كان له ثم أطلق بعد ثلاثة إن لم يحضر.

وإن لم تقم بينة بأحد الأمرين أعاده إلى حبسه ويكشف عن حاله وكان مقيماً في حبسه حتى ييأس القاضي بعد الكشف من ظهور حق عليه، وطالبه بكفيل بنفسه ثم أطلقه.

فإن قيل: فالكفالة بالنفس لا تصح إلا ممن ثبت عليه حق قبل الحبس من جملة الحقوق.

فإن عدم كفيلاً استظهر في بقاء حبسه على طلب كفيل ثم أطلقه عند إعوازه وهو غاية ما يقدر عليه القاضي من استظهاره.

والحال الرابعة: أن يقول: حبسني لخصم بما لا يستحق لأنني أرقت عليه خمراً أو قتلت له خنزيراً.

فإن كان الخصم مسلماً لم يكن له حق باستهلاك ذلك عليه وكان حبسه به ظلماً يجب إطلاقه منه للاتفاق على سقوط غرمه في حق المسلم.

وإن كان الخصم ذمياً فإن كان القاضي شافعياً لا يرى وجوب غرمه كان حكمه باطلاً لأنه حكم بما لا يراه في اجتهاده، وصار القاضي الثاني هو الحاكم.

فإن كان شافعياً أيضاً لا يرى وجوب الغرم كالأول حكم بإطلاق المحبوس.

وإن كان حنفياً وحكم بمذهبه في وجوب الغرم حكم بحبسه إن امتنع.

وإن كان القاضي الأول حنفياً يرى وجوب الغرم والحبس، فإن كان رأي القاضي الثاني مثل رأيه كان المحبوس على حبسه.

وإن كان مخالفاً له في رأيه يرى مذهب الشافعي في سقوط غرمه لم ينقض حكم الأول لنفوذه في اجتهاد مسوغ.

وفي وجوب إمضائه على الثاني قولان:

أحدهما: يجب عليه أن يمضيه ولا يحكم به ويلزم المحبوس حكم إقراره.

والقول الثاني: لا يمضيه لبطلانه عنده ويعيده إلى حبسه من غير أن يلزمه القضاء، لأنه لا يراه، ولم يطلقه، لأنه لا ينقض الحكم به، وأقرّه فيه حتى يصطلحا.

والحال الخامسة: أن يقول حبسني لخصم بحق فيسأل عن خصمه وعن الحق الذي حبس به فإذا أحضر وطالب لم يخل الحق من أن يكون في مالٍ أو على بدن.

فإن كان من حقوق الأبدان كالقصاص وحد القذف فالحبس به غير مستحق لأن تعجيل استيفائه منه ممكن فيستوفى ويخلى بعد النداء عليه.

وإن كان من حقوق الأموال فضربان:

أحدهما: أن يكون عيناً.

والثاني: أن يكون في الذمة.

فإن كان الحق عيناً: لم تخل أن تكون مستحقة بعقد أو عن غصب فإن استحق بعقد كالمبيع إذا لم يقبض حكم فيه بما يوجبه حكم العقد من بقاء الثمن أو قبضه.

وإن استحق بغير عقد كالمغصوب، فإن ثبت غصبه ببينة حكم القاضي بتسليمه وإن ثبت بإقراره رفع يده عنه، ولم يمنع المدعي منه ولم يحكم له بتسليمه لجواز أن يكون لغيره.

وإن كان مالاً في الذمة: أمره بقضائه إن كان مليئاً.

وإن ادعى عسره نظر في سبب الاستحقاق، فإن كان عن مقابلة مال صار إليه كثمن مبيع قبضه ومال اقترضه لم تقبل منه دعوى الإعسار إلا بعد الكشف.

وإن كان من غير مال صار إليه، لأنه قيمة لمتلف أو مهر وصداق قبل قوله في العسرة مع يمينه ووجب إطلاقه بها بعد النداء عليه لجواز حضور خصم آخر إن كان له.

فإن أقام صاحب الدين البينة على أن للمحبوس مالاً نظر فإن لم تعين البينة المال لم تسمع الشهادة للجهل بها.

وإن عينت المال وشهدت بأن له هذه الدار سئل المحبوس عنها، فإن اعترف بها لنفسه حكم عليه بقضاء الدين فإن امتنع من قضائه باعها عليه القاضي وقضى دينه.

وإن أنكرها فله حالتان:

إحداهما: أن لا يقر بها لغيره فلا يؤثر إنكاره وتباع عليه في قضاء دينه.

والحال الثانية: أن يقر بها لغيره فيقول هي لزيد، فيسأل زيد عنها فإن أنكرها وأكذبه في إقراره بها بيعت عليه في قضاء دينه ووكل القاضي عنه وكيلاً يبيعها عليه ولا يتولى القاضي بيعها مع إنكاره.

وإن صدقه زيد على إقراره بها له وادّعى ملكاً لنفسه قيل له: ألك بينة بأن الدار لك ملكاً؟ فإن أقامها حكم له بالدار دون المحبوس؛ لأن معه بإقرار المحبوس بينة ويداً فكان أولى من بينة المحبوس مع زوال يده بالإنكار. وإن لم تكن له بينة ففي الحكم بها لزيد وجهان:

أحدهما: يحكم بها لزيد لأن المحبوس قد أبطل بينته بإقراره فبطلت شهادتها له وصار مقراً بها لزيد فلزم إقراره.

والوجه الثاني: أن لا يحكم بها لزيد وتكون الدار في حكم ملك المحبوس لأن البينة شهدت له بالملك ولصاحب الدين بالقضاء، فإذا كذبها ردت في حق نفسه ولم ترد في حق صاحب الدين.

فصل: [النظر في أمور الأوصياء]:

والأمانة الثالثة: النظر في أمور الأوصياء لما يتعلق عليهم من حقوق من تولّى عليه القاضي من الأطفال والمجانين وفي حقوق من لا يتعين من الفقراء والمساكين فينظر في حق كل واحد منهم ويبدأ بمن يرى من غير قرعة بخلاف المحبوسين، لأن هذا منه نظر اجتهاد، ولأن النظر فيه عليهم لا لهم.

وللوصي ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يكون وصياً في الولاية على الأطفال فتلزمه في حقهم ثلاثة أشياء:

الأول: حفظ أصول أموالهم.

والثاني: تمييز فروعها.

والثالث: النفقة عليهم بالمعروف.

والحال الثانية: أن يكون وصياً في تفريق الثلث وقضاء الدين فلا يتعداه إلى ولاية الأطفال، ونظر في الوصية: فإن كانت لمعينين سقط اجتهاده فيها وصرف الدين والثلث في المسمين وإن كانت في موصوفين غير معينين اجتهد رأيه في دفعها إلى الموصوفين وصاروا بعد الدفع فيها كالمعينين فإن عدل بالثلث عن أهل تلك الصفة إلى غيرهم لم يجزه وإن كانوا أمس حاجة وضمّن الثلث لأهل تلك الصفة ولم يكن له استرجاع ما دفعه إلا أن يصدقوه على الوصية والصفة.

والحال الثالثة: أن يكون وصياً، في الأمرين من ولاية الأطفال وتفريق الثلث فهي الوصية العامة فيلزمه أن يعمل في كل واحدة منهما ما كان يعمله لو انفرد به.

فإذا عرف القاضي ما إلى الوصي اختبر حاله في إمانته وقوته: فسيجده لا يخلو فيها من أربعة أحوال:

إحداها: أن يكون أميناً قوياً وهو أكمل الأوصياء حالاً فيقره القاضي على وصيته ولا يجوز أن يستبدل به.

والحال الثانية: أنه يكون أميناً ضعيفاً لا يقدر على التفرد بتنفيذ الوصية فعلى القاضي أن يضم إليه من أمنائه من يقوى به في تنفيذ الوصية ولا يرفع يده لضعفه.

والحال الثالثة: أن يكون خائناً في الإمانة فاسقاً في الديانة فلا يجوز للقاضي أن يقره عليها ويجب عليه أن يردها إلى غيره من الأمناء.

والحال الرابعة: أن يكون ثقة في الأمانة فاسقاً في الديانة فينظر في الوصية فإن كانت بالولاية على الأطفال أو تفريق الثلث في غير معينين انتزعها منه القاضي وردها إلى غيره من الأمناء العدول وإن كانت الوصية في تفريق الثلث لمعينين أو قضاء الدين لمسمين جاز أن يقرها في يده للفرق بينهما: إن في تلك ولاية واجتهاداً وليس الفاسق من أهلها وهذه مقصورة بالتعيين على التنفيذ دون الاجتهاد.

فإذا أبطلت الوصية بما ذكرنا من الخيانة والفسق لم يخل حاله في الوصية من أن يكون قد تصرف فيها أو كف عنها.

فإن كف عنها ولم يتصرف فيها رفع القاضي يده عنها ولا ضمان عليه فيها. وإن تصرف فيها اعتبر حال فسقه فإن كان خفياً يفتقر إلى اجتهاد نفذ تصرفه ولم يضمن إلا بالتعدي ما لم يحكم القاضي بفسقه، وإن كان فسقه ظاهراً لا يفتقر إلى اجتهاد رد تصرفه ولم ينفذ.

فإن باع فسخ بيعه وإن فرق الثلث في معينين أو قضى ديناً لمسمين لم يضمنه وأمضى فعله لوصوله إلى من تعين حقه فيه وإذا كان الثلث لمن لا يتعين من الفقراء

والمساكين ردّه القاضي ولم يضمه وأغرمه ما فرقه ورد تفريق ما تغرمه إلى أمينه، ولم يكن للوصي أن يرجع على المساكين بما فرقه وإن صدقوه على الوصية لأنه مقر بوصوله إليهم بحق.

فصل: [النظر في أحوال أمناء القضاة]:

والأمانة الرابعة: النظر في أحوال أمناء القضاة فيعتبر فيهم ثلاثة أشياء:

أحدها: ما هم عليه من قوة وأمانة.

والثاني: ما يتصرفون فيه من الولاية على أطفال والنظر في أموال.

والثالث: ما فعلوه فيها من قبل وما يستأنفون من العمل فيها من بعد.

ويبدأ بمن يراه منهم من غير قرعة كالأوصياء.

ولا يخلو حال الأمين فيها من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون عدلاً، وقد فعل ما جاز فيكون على ولايته ونفاذ قوله.

والحال الثانية: أن يكون عدلاً وقد فعل ما لم يجز لأنه أتاه على جهالة فيكون على ولايته ويرد ما فعله فإن أمكن استدراكه لم يغرمه، وإن فات استدراكه غرمه.

والحال الثالثة: أن يكون فاسقاً وقد فعل ما جاز فولايته باطلة بفسقه ولا يضمن ما تعين ويضمن ما لم يتعين كالوصي.

والحال الرابعة: أن يكون فاسقاً وقد فعل ما لم يجز فولايته باطلة وعمله مردود وعليه غرم ما تصرف فيه.

فإن وجد من أحد الأمناء ضعيفاً كان فيه بين خيارين: إما أن يضم إليه قوياً من أمنائه وإما أن ينتزعها منه إلى قوي بخلاف الوصي.

وإذا ادّعى الأمين الوصي به أنفق على اليتيم مالاً أو عمر له عقاراً وكان ما ادّعاه محتملاً قبل قوله فيه فإن اتهمه القاضي أحلفه عليه.

فإن ادّعى في مال اليتيم أجرة جعلها له الحاكم قبله فإن أقام بينة أعطاه إذا لم تزد على أجرة مثله.

وإن عدم البينة ففي استحقاقها وجهان من اختلاف الوجهين في صاحب الدابة إذا ركبها ثم ادّعى إعارتها، وادّعى المالك إجارتها. أحد الوجهين أن للأمين أجرة مثله. إذا قيل إن لصاحب الدابة أجرتها.

والوجه الثاني: أنه لا أجرة للأمين إذا قيل ليس لصاحب الدابة أجرتها.

وعلى القاضي بعد تصفح أحوال الأمناء والأوصياء إن يثبت في ديوانه حال كل أمين ووصي فيما بيده من الأموال ومن يلي عليه من الأيتام ليكون حجة للجهتين فإن وجد ذكر ذلك في ديوان القاضي الأول عارض به وعمل بأحوطهما.

فصل: [النظر في الوقوف العامة والخاصة]:

والأمانة الخامسة: النظر في الوقوف العامة والخاصة.

أما العامة فلأن مستحقيها لا يتعينون فلم يقف النظر على مطالب.

وأما الخاصة؛ فلأن مفضاها إلى من لا يتعين من الفقراء والمساكين لينظر هل أفضت إليهم وهل يستحق الولاية على من تعين منهم لصغر أو جنون أو سفه وليعلم سبلها فيحمل على شروط واقفها.

وأن تغيّر حال الوالي عليها، فعلى ما قدمناه في الأولياء والأمناء والأسجال به عند تطاول مدته لتكون الحجة باقية ومثبتة في ديوانه على ما مضى في الأمناء والأوصياء وبالله التوفيق.

[كراهة مباشرة القاضي البيع والشراء لنفسه]:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَكْرَهُ لَهُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ خَوْفَ المُحَابَاةِ بِالزِّيَادَةِ وَيَتَوَلَّاهُ لَهُ غَيْرُهُ».

قال الماوردي: وإنما كره له أن يباشر البيع والشراء في خاص نفسه أو لغيره وإن لم يكن كرهه أبو حنيفة لرواية أبي الأسود المالكي عن أبيه عن جده. أن النبي ﷺ قال: «ما عدل وال اتجّر في رعيته أبداً»[1].

وروي عن شريح قال شرط عليَّ عمر حين ولاني القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أرتشي ولا أقضي وأنا غضبان[2]، ولما بويع أبو بكر بالخلافة خرج بعد ثلاث برزمة ثياب إلى السوق فقيل له ما هذا فقال أنا كاسب أهلي فاجروا له من بيت المال كل يوم درهمين[3]، ولأنه إذا باع واشترى لم يؤمن أن يسامح ويحابي فتميل نفسه عند المحاكمة إليه إلى ممايلة من سامحه وحاباه، ولأن في مباشرته بذلة تقل بها هيبته فكان تصاونه عنها أولى.

فإن قيل: فقد كان رسول الله ﷺ يبيع ويشتري فعنه أجوبة:

---

(١) أخرجه الحاكم في الكنى وابن حجر في المطالب (٢١٠٧) وانظر الكنز (١٤٦٧٦).

(٢) قال الحافظ ابن حجر لم أجده التلخيص ٤/ ١٩٥.

(٣) انظر السنن الكبرى ١٠/ ١٠٧.

أحدها: أن الله تعالى قد نزه رسوله مما يتوجه إلى غيره من التهمة فقال ﴿وماهو على الغيب بضنين﴾.

والثاني: أنه ما فعل ذلك بعد النبوة إلا نادراً قصد به بيان الأحكام فإنه ابتاع من أعرابي فرساً وقال له اختر. واستام من جابر بعيراً له فقال هو لك يا رسول الله فقال بل بِعنِيهِ فتماكسا في ثمنه حتى استقر فلما قدما المدينة دفع إليه الثمن وأعاد إليه البعير وقال: أتظن أنني كسبتك أي غبنتك.

فدل بهذا على أحكام. منها جواز الاستطلاع في الأثمان وإن المغابنة فيها ممضاة لأنه اشتراه بأقل من ثمنه.

ومنها: أن مخالفة النبي ﷺ فيما لا يتعلق بالشرع ليست بمعصية لأن جابراً ما أجابه إلى ما طلبه منه حتى زاده.

فإن احتاج القاضي إلى بيع أو شراء وكل من ينوب عنه، ولا يكون معروفاً به، فإن عرف استبدل به من لا يعرف حتى لا يحابى فتعود المحاباة إليه.

فإن لم يحدّ في مباشرته للبيع والشراء بدأ واحتكم إليه من بايعه وشاراه اخترنا له أن لا ينظر في حكومته بنفسه ويستخلف من ينظر فيها فيكون بعيداً من التهمة فإنه وإن حكم بالحق لا يؤمن أن يكون قلبه إليه أميل من خصمه إن باشره أو إلى خصمه أميل إن عاشره.

فإن خالف ما اخترنا وتفرد بالبيع والشراء فأحكامه نافذة كحكمه في الغضب.

[حضور القاضي الولائم]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَلَا أُحِبُّ أَنْ يَتَخَلَّفَ عَنِ الوَلِيمَةِ إِمَّا أَنْ يُجِيبَ كُلًّا وَإِمَّا أَنْ يَتْرُكَ كُلًّا وَيَعْتَذِرُ وَيَسْأَلُهُمُ التَّحْلِيْلَ».

قال الماوردي: أما حضور الولائم إذا دعي إليها فيجوز أن يجيب لقول النبي ﷺ «لو دعيت إلى كراع لأجبت ولو أهدي إلي ذراع لقبلت» رواه أبو هريرة.

واختلف أصحابنا فيمن تعلقت عليه أمور المسلمين من الأئمة والقضاة هل يكونون في حضور الولائم مندوبين إليها كغيرهم؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنهم مندوبون إلى حضورها معهم لعموم ما روي عن النبي ﷺ أنه قال «أجيبوا الداعي فإنه ملهوف».

وروي عن النبي ﷺ أنه قال «من لم يجب الداعي فقد عصى أبا القاسم».

والوجه الثاني: أنهم لاختصاصهم بمصالح المسلمين يسقط عنهم فرض الإجابة بخلاف غيرهم ولذلك قال الشافعي: ولا أحب أن يتخلف عن الوليمة وأخرجه مخرج الاستحباب دون الوجوب لأن أمره عليه السلام يحتمل العموم ويحتمل الخصوص فيما عدا الولاة وهذا قول ابن أبي هريرة.

والوجه الثالث: أنه إن كان مرتزقاً لم يحضر لأنه أجير للمسلمين فلم يجز أن يفوت عليهم حقهم من زمانه، وإن كان متطوعاً غير مرتزق حضر وكان كغيره من الناس.

فتكون الإجابة على الوجه الأول فرضاً يأثم بتركه وعلى الوجه الثاني مستحبة يكره له تركها، ولا يأثم بها على الوجه الثالث مفصلة باعتبار حاله في الارتزاق والتطوع.

فصل: فإذا تقرر هذا ودعي إلى وليمة فإن منع منها لم يحضر على الأحوال كلها.

ونظر في المرتزق فإن قل زمان حضوره فيها كاليوم أو ما قاربه لم يلزمه رد شيء من رزقه.

وإن طال زمان حضوره لها وأقل زمان طوله ثلاثة أيام فصاعداً رد من رزقه بقسط ما أخل بنظره. وإن أمر بالحضور وهو مختص بوليمة العرس دون غيرها نظر فإن كان ينقطع بها عن النظر في أحكام المسلمين. أو كانت تكثر فتفضي إلى البذلة امتنع من الحضور ولم يجب توفراً على الأحكام وحفظاً للهيبة.

وإن قلت: ولم تقطعه عن النظر ولا أفضت به إلى البذلة حضرها اتباعاً للسنة واقتداء بالرسول ﷺ.

فإن قطعه عن الحضور عذر فذكره وسألهم التحليل.

وإذا أجاب عم بالإجابة كل داع، وإذا امتنع عم بالامتناع كل داع ولم يخص بالإجابة قوماً دون قوم لظهور الممايلة فيه وتوجه الظنة إليه، والأولى به عندي في مثل هذا الزمان أن يعم بامتناعه جميع الناس، لأن السرائر قد خبثت والظنون قد تغيرت.

[عيادته المرضى وحضور الجنائز ومقدم الغائب]:

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَيَعُودُ الْمَرْضَى وَيَشْهَدُ الْجَنَائِزَ وَيَأْتِي مَقْدَمَ الْغَائِبِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وهذه قرب يندب إليها جميع الناس فكان الولاة فيها كغيرهم. لأن المقصود بها طاعة الله عز وجل وطاعة رسوله ﷺ وطلب ثوابه وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «عائد المريض في مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع»

وعاد رسول الله ﷺ سعداً وجابراً في مرضهما، وعاد غلاماً يهودياً في جواره وعرض عليه الإسلام فأجاب، .

ويجوز للقاضي في العيادة وشهود الجنازة أن يعم ويخص بخلاف الولائم التي يعم بها ولا يخص.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الولائم من حقوق الداعي فاستوى جميعهم في استحقاق الإجابة والعيادة وحضور الجنائز من حقوقه لأنه يقصد به الثواب فجاز أن يخص.

والثاني: أن في الولائم ظنة ليست في العيادة والجنائز فكان العموم فيها مزيلاً للظنّة.

وكذلك إتيانه مقدم الغائب يجوز أن يعم به ويخص إلا أن يكون للغائب خصم فلا يأتي مقدمه لئلا تضعف به نفس خصمه بظهور الممايلة والله أعلم.

هيبة مجالس الحكام وصيانتها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: وَإِذَا بَانَ لَهُ مِنْ أَحَدِ الخَصْمَيْنِ لَدَدٌ نَهَاهُ فَإِنْ عَادَ زَجَرَهُ وَلاَ يَحْبِسُهُ وَلاَ يَضْرِبُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ مَا يَسْتَوْجِبُهُ».

قال الماوردي: مجلس الحكام في الأحكام يتميز عن مجالس غيرهم وعن مجالس أنفسهم في غير الأحكام من خمسة أوجه:

أحدها: فضل وقار القاضي فيها عن أن يبدأ أحداً بكلام أو سلام أو إكرام وليكن في دخول جميع المتنازعين إليه من شريف ومشروف مطرقاً فقد حكي أن المهدي وهو أمير المؤمنين تقدم مع خصوم له بالبصرة إلى قاضيها عبيد الله بن الحسن العنبري فلما رآه القاضي مقبلاً أطرق إلى الأرض حتى جلس مع خصومه مجلس المتحاكمين فلما انقضت الحكومة قام القاضي فوقف بين يديه فقال المهدي: والله لو قمت حين دخلت إليك لعزلتك ولو لم تقم حين انقضى الحكم لعزلتك. وإنما كان يعزله بالقيام قبل الحكم لممايلته، ويعزله بالعقود بعد الحكم لترك حقه فيكون العزل الأول مستحقاً والثاني أدباً فهذا وجه.

والوجه الثاني: أن يبعد مجالس الخصوم منه لأمرين: أحدهما ليكون أبلغ في الهيبة والثاني لئلا تسبق إليه تهمة أن يشير إلى أحدهما أو يشير إليه أحدهما بما يخالف الحق.

وليكن البساط الذي يجلس عليه متميزاً عن بساط الخصوم ليكون أهيب له.

والوجه الثالث: أن لا يحضر في مجلسه مع الخصوم إلا من له بالحكم تعلق فإننا

نستحب أن لا يخلو مجلس حكمه من شهود وفقهاء: أما الشهود فليشهدوا ما جرى فيه من إقرار وما نفذ فيه من حكم. وأما الفقهاء فليرجع إليهم ويشاورهم في أحكام الحوادث ولينبهوه على زلل إن كان منه، ولا يردوا عليه ما يخالفونه من مسائل الاجتهاد ويمنع أن يحضر مع الخصم من ليس بوكيل له في المحاكمة من جميع الناس.

والوجه الرابع: أن يساوي بين الخصمين في مقعدهما والنظر إليهما وكلامه لهما ولا يخص أحدهما بترتيب ولا نظر ولا كلام كتب عمر في عهده إلى أبي موسى الأشعري على قضاء البصرة: آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك[1] فأمره بالتسوية بينهم في وجهه وعدله ومجلسه، وليكن جلوس الخصوم بين يديه جثاة على الركب ليتميز عن جلوس غير الخصوم،فيكون أجمع للهيبة.

والوجه الخامس: أن يكون كلام الخصم مقصوراً على الدعوى والجواب وكلام القاضي مقصوراً على المسألة والحكم.

وحضور الخصوم في المحاكمة يسقط عنهم سنة السلام. فإن سلما جميعاً رد القاضي عليهما.

وإن سلم أحدهما فقد اختلف أصحابنا في فرض رده على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يرد عليه السلام في الحال.

والثاني: يرد عليه بعد الحكم.

والثالث: أن يرده في الحال عليهما معاً.

ومنع بعض الفقهاء من الرد في الأحوال كلها، لأن الخصم أوقع السلام في غير موقعه فلم يستحق الرد عليه والله أعلم.

فصل: [لدد الخصوم]:

فإذا تقرر ما وصفنا من آداب مجلسه من هذه الوجوه الخمسة فكان من أحد الخصمين لدد وفي اللدد تأويلان:

أحدهما: أنه شدة الخصومة ومنه قوله تعالى ﴿وهو ألد الخصام﴾ [البقرة: ٢٠٤] وهذا قول البصريين.

والثاني: أنه الالتواء عن الحق ومنه أخذ لدود الفم، لأنه في أحد جانبي الفم،

---

(١) أخرجه الدارقطني ٢٠٦/٤، ٢٠٧ والبيهقي ١١٩/١٠.

وقد قال تعالى ﴿وتنذر به قوماً لداً﴾ [مريم: ٩٧] وهذا قول البغداديين، فينهي القاضي الخصم عن لدده ولا يبدأه قبل النهي بزجر ولا زبر فإن كف بالنهي كف عنه، وإن لم يكف عنه قابله وغلبه بالزجر والزبر قولاً لا يتعداه إلى ضرب ولا حبس.

ويكون زجره وزبره معتبراً من وجهين:

أحدهما: بحسب لدده.

والثاني: على قدر منزلته.

فإن لم يكف بالزجر والزبر بعد الثانية حتى عاد إلى ثالثة جاز أن يتجاوز زواجر الكلام إلى الضرب والحبس تعزيراً وأدباً يجتهد رأيه فيه بحسب اللدود وعلى قدر المنزلة. فإن كان في لدده شتم وفحش وكان غمراً سفيهاً ضربه إما بالعصا أو بالنعل على مقداره. وإن كان لدده تمانعاً من الحق وخروجاً عن الواجب وكان ساكتاً حبسه.

فإن جمع في لدده بين الأمرين جاز أن يجمع في تعزيره بين الضرب والحبس. قد تحاكم إلى رسول الله ﷺ الزبير مع رجل من الأنصار فلما قال الأنصاري بعد حكمه عليه للزبير في شرب أرضه أنه ابن عمتك قال النبي ﷺ للزبير أمرّ الماء على بطنه واحبسه حتى يبلغ أصول الجدر فكان قوله أمر الماء على بطنه تعزيزاً وفيه نزل قوله تعالى ﴿**فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً**﴾ [النساء: ٦٥] وكان ﷺ يقسم الصدقات فقال له رجل: اعدل فقال رسول الله ﷺ ويلك إذا لم أعدل فمن يعدل؟[١] فكان هذا القول تعزيراً له وفيه نزل قوله تعالى ﴿**ومنهم من يلمزك في الصدقات فإن أعطوا منها رضوا وإن لم يعطوا منها إذا هم يسخطون**﴾[٢] [التوبة: ٥٨].

ولا ينبغي أن يكون القاضي في التعزير عسوفاً خرقاً ولا ضعيفاً مهيناً وليكن معتدل الأحوال وقوراً قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا يصلح لأمور الأمة إلا رجل قوي في غير عنف لين من غير ضعف لا تأخذه في الله لومة لائم والله أعلم.

[القول في مشاورة القضاة]:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُشَاوِرُ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨] وَقَالَ لِنَبِيِّهِ ﷺ ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي

---

(١) أسباب النزول للواجدي (١٤٣) وهو عند مسلم (٢/ ٧٤٠) وأحمد ٣/ ٣٥٤ والبخاري ٩/ ٢١ والبيهقي في الدلائل ٥/ ١٨٥ وابن ماجة (١٧٢).

(٢) أخرجه ابن سعد وغيره انظر كنز العمال ٥/ ٤٣٦.

الْأَمْرِ﴾[آل عمران: ١٥٩] قَالَ الحَسَنُ إِنْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ مُشَاوَرَتِهِمْ لَغَنِيًّا وَلَكِنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَسْتَنَّ بِذَلِكَ الحُكَّامُ بَعْدَهُ».

قال الماوردي: أما المشاورة فمندوب إليها في الأمور المشتبهة لما أورده الشافعي من كتاب الله تعالى وتفسير الحسن[1] ولسنة نبيه وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال «المستشير معان والمستشار مؤتمن» وقد شاور رسول الله ﷺ أصحابه في أسرى بدر فأشار أبو بكر بالفداء وأشار عمر بالقتل فأخذ رسول الله ﷺ برأي أبي بكر وفادى فأنزل الله تعالى ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ﴾ [الأنفال: ٦٧] الآية، والتي بعدها فقال رسول الله ﷺ: «لو نزل عذاب من السماء لما نجا منه إلا عمر بن الخطاب»[2] وشاور رسول الله ﷺ أهل المدينة يوم الخندق في أمرين:

أحدهما: في حفر الخندق حتى اتفقوا عليه.

والثاني: في صلح الأحزاب على ثلث ثمار المدينة فقالوا إن كان الله أمرك بهذا فالسمع والطاعة لأمر الله وإن كان غير ذلك فلا تطمعهم فينا فإنهم في الجاهلية لم يكونوا يصلون إلى ثمره إلا بشراء أو قرى فامتنع وشاور أبو بكر رضي الله عنه الصحابة في الجدة أم الأم[3] وشاور عمر في الجدة أم الأب حتى فرضا لكل واحدة منهما السدس. وشاور عمر في دية الجنين وفي التي أجهضت ما في بطنها[4]، وشاور عثمان في الأحكام، وكان علي بن أبي طالب قليل الاستشارة فيها فقيل لأنه لم يبق في عصره عديل يشاوره وقيل لأنه قد كان شاهد استشارة قرينه فاكتفى بها، وأما استشارة رسول الله ﷺ فقد كان يشاور في أمور الدنيا ومصالحها.

واختلفوا في استشارته في الدين والأحكام على حسب اختلافهم هل كان لرسول الله ﷺ أن يجتهد رأيه فيه فقال بعضهم: ما استشار في الدين ولا في الأحكام لأن الله تعالى يقول: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ [النجم: ٤٢٣] وهذا قول من زعم أنه لم يكن له أن يجتهد رأيه فيها وقال آخرون قد استشارهم في الدين

---

(١) انظر السيوطي في الدر ٢/ ٩٠ والبيهقي في السنن ١٠/١٠٩.

(٢) أخرجه أبو داود (٥١٢٨، ٢٨٢٢، ٢٨٢٣) وابن ماجة (٣٧٤٥، ٣٧٤٦) وأحمد ٥/ ٢٧٤ وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١٩٩١) والدارمي ٢/٢١٩ والطحاوي في المشكل ١/١٩٦ والطبراني في الكبير ١٢/ ٤٠٩، ١٧/ ٢٢٩، ١٩/ ٢٥٧ والترمذي في الشمائل (٧١) وأبو نعيم في الحلية ٦/ ٩٠ والخطيب في التاريخ ١/ ٢٢٢، ٩/ ٦١.

(٣) أخرجه مالك وأصحاب السنن وأحمد وابن حبان والحاكم انظر الموطأ ١/ ٣٣٥ والبيهقي ٦/ ٢٣٥.

(٤) أخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٣٦٧) والدارقطني ٣/ ١١٦.

والأحكام فمنه ما شاورهم في علامة تكون لأوقات صلواتهم فأشار بعضهم بالناقوس فقال ذلك مزمار النصارى، وأشار بعضهم بالقرن فقال ذاك مزمار اليهود وأشار بعضهم بالنار فقال ما تصنعون بالنهار وأشار بعضهم بالراية فقال ما تصنعون بالليل حتى أخبره عبد الله بن زيد بما رآه في المنام من الأذان فأخذ به وعمل عليه. وشاور أصحابه في حد الزاني والسارق فقالوا: الله ورسوله أعلم فقال: «هن فواحش وفيهن عقوبات»[1] حتى أنزل الله تعالى فيهما ما أنزل وهذا قول من جعل له اجتهاد رأيه فيها.

فأما غير رسول الله ﷺ من صحابته ومن بعدهم من سائر أمته فمشاورتهم تعم في مصالح الدنيا وأحكام الدين فما اختص عنها بالدنيا ندب إليه عقلاً وما اختص منها بالدين ندب إليه شرعاً.

فصل: [في أي المسائل يشاور]:

فإذا تقررت هذه الجملة فالقاضي مأمور بالمشاورة في أحكامه وقضاياه.

وهي ضربان:

أحدهما: ظاهر جلي قد حصل الاتفاق فيه، وانعقد الاجماع عليه، فلا يحتاج في مثل هذا إلى مشاورة.

والضرب الثاني: نوازل حادثة لم يتقدم فيها قول لمتبوع أوما اختلف فيه العلماء من مسائل الاجتهاد فهو الذي يؤمر بالمشاورة فيها، ليتنبّه بمذاكرتهم ومناظرتهم على ما يجوز أن يخفي عليه، حتى يستوضح بهم طريق الاجتهاد فيحكم باجتهاده دون اجتهادهم.

فإن لم يشاور، وحكم نفذ حكمه، إذا لم يخالف فيه نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً غير محتمل.

[بين القاضي وأهل الشورى]:

وليس على أهل الشورى إذا خالفوه في حكمه أن يعارضوه فيه ولا يمنعوه منه إذا كان مسوغاً في الاجتهاد.

وقال أبو حنيفة: إن كان أعلم من مخالفه عمل على اجتهاد نفسه، وإن كان مخالفه أعلم منه عمل على اجتهاد مخالفه: لقول الله: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٣٧٤) ومالك في الموطأ (١٦٧) والطبراني في الكبير (١٨/ ١٤٠) الشافعي في المسند (١٦٣) والبيهقي ٨/ ٢٠٩ والمجمع ١/ ١٣٠.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾ [النساء: ٥٩] ولأن الصحابة اجتهدوا فيما اختلفوا فيه، ولم يقلد بعضهم بعضاً، مع تفاضلهم في العلم: ولأن معه آلة الاجتهاد لتوصله إلى درك المطلوب فلم يكن له التقليد كالتقليد في التوحيد.

والجواب عن الآية من وجهين:

أحدهما: أنها محمولة على تقليد العامي لأنه قال: ﴿إن كنتم لا تعلمون﴾.

والثاني: أنها محمولة على سؤال المستشار في المذاكرة والكشف.

فلو لم يصل القاضي باجتهاده إلى حكم الحادثة ففي جواز تقليده فيها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج يجوز أن يقلد فيها، للضرورة، ويحكم لأنه ما من عالم إلا ويجوز أن يشكل عليه أحكام بعض الحوادث.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: لا يجوز أن يقلد في قضائه ويستخلف عليها من يحكم باجتهاده إن ضاق وقت الحادثة لأن الحاكم ملزم فلا يجوز أن يلزم ما لا يعتقد لزومه.

شروط من يشاوره القاضي:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَلاَ يُشَاوِرُ إِذَا نَزَلَ بِهِ المَشْكِلُ إِلاَّ عَالِمَاً بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالآثَارِ وَأَقَاوِيلِ النَّاسِ وَالْقِيَاسِ وَلِسَانِ العَرَبِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وهذه شروط من يشاوره القاضي في الأحكام ومجموعها:

إن كل من صح أن يفتي في الشرع صح أن يشاوره القاضي في الأحكام فتعتبر فيه شروط المفتي ولا تعتبر فيه شروط القاضي.

فيجوز أن يشاور الأعمى والعبد والمرأة وإن لم يجز أن يكون كل واحد منهم قاضياً؛ لأن كل واحد منهم يجوز أن يستفتي ويفتي.

والمعتبر في المفتي شرطان:

أحدهما: العدالة المعتبرة في المخبر دون الشاهد، لأن الحرية وسلامة البصر يعتبران في الشاهد ولا يعتبران في المفتي والمخبر.

والشرط الثاني: أن يكون من أهل الاجتهاد في النوازل والأحكام.

ويكون من أهل الاجتهاد إذا أحاط علمه بخمسة أصول:

أحدها: علمه بكتاب الله تعالى في معرفة ناسخه ومنسوخه ومحكمه ومتشابهه ومفسره ومجمله وعمومه وخصومه، وإن لم يقم بتلاوته.

والثاني: علمه بسنة رسول الله ﷺ في معرفة أخبار التواتر والآحاد وصحة الطرق والإسناد، وما تقدم منها وما تأخر، وما كان على سبب وغير سبب وإن لم يسمعها مسندة إذا عرفها من وجوه الصحة.

والثالث: علمه بالإجماع والاختلاف وأقاويل الناس ليتبع الإجماع ويجتهد في المختلف.

والرابع: علمه بالقياس ما كان منه جلياً أو خفياً وقياس المعنى وقياس الشبه وصحة العلل وفسادها.

والخامس: علمه بالعربية فيما تدعو الحاجة إليه من اللغة والإعراب، لأن لسان الكتاب والسنة عربي، فيعرف لسان العرب، من صيغة ألفاظهم وموضوع خطابهم ليفرق بين الفاعل والمفعول، وحكم الأوامر والنواهي، والندب والإرشاد، والعموم والخصوص.

فإذا أحاط علماً بهذه الأصول الخمسة وأشرف عليها وإن لم يصر أعلم الناس بها إذا تبيّنها علم ما لم يعلم ـ جاز أن يفتي،وجاز أن يستفتى.

وجاز أن يشاوره القاضي في الأحكام النازلة، وسواء وافق القاضي على مذهبه أو خالفه، لأنه لا يقتنع منه بالجواب حتى يسأله عن الدليل والتعليل.

فإن كان فاسقاً لم يعمل على قوله فيما تعلق بالنقل والرواية والفتيا لقول الله تعالى ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦].

واختلف في جواز مباحثته فيما تعلق بالمعاني والاستنباط فمنع أبو علي بن أبي هريرة من مباحثته لأنه غير موثوق به حذراً مما يستحدثه من شبهة فاسدة، وأجازه آخرون لأنه ربما انكشف بمناظرته وجه الصواب إذ ليس يؤخذ بقوله وإنما يعمل على ما تنتهي إليه المناظرة من وضوح الصحة والفساد.

ولا يعول القاضي على مشاورة الواحد حتى يجمع بين عدد ينكشف بمناظرتهم ما غمض ويتوصل بها إلى ما خفى ولا يقلدهم وإن كانوا عدداً حتى يصل إلى علم الحادثة بما يقتضيه الدليل ويوجبه التعليل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَقْبَلُ وَإِنْ كَانَ أَعْلَمَ مِنْهُ حَتَّى يَعْلَمَ كَعِلْمِهِ أَنَّ ذَلِكَ لاَزِمٌ لَهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ تَخْتَلِفِ الرِّوَايَةُ فِيهِ أَوْ بِدَلاَلَةٍ عَلَيْهِ أَوْ أَنَّهُ لاَ يَحْتَمِلُ وَجْهاً أَظْهَرَ مِنْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأنه لم يؤمر بالمشاورة للتقليد وإنما أمر بها لأمرين:

أحدهما: ليتوصل بها إلى معرفة ما لم يصل إليه من الأدلة، وربما خفيت عليه سنة علم بها المستشار ولم يعلم بها المستشير.

والثاني: ليستوضح بمناظرتهم طرق الاجتهاد والتوصل إلى غوامض المعاني، فإن باجتماع الخواطر في المناظرة يكمل الاستيضاح والكشف فلذلك كان مأموراً بها.

[القول في التقليد]:

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَأَمَّا أَنْ يُقَلِّدَهُ فَلَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ ذَلِكَ لأَحَدٍ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ».

أما التقليد فهو قبول قول بغير دليل. مأخوذ من قلادة العنق، لأنه قد جعل قبول قوله كالقلادة في عنقه.

وهو ضربان: ضرب: أمرنا به وضرب نهينا عنه.

فأما المأمور به فالتقليد في الأخبار والشهادة وتقليد العامي للعالم فيما يختص به من علم، وقد استوفيناه مشروحاً في أول كتابنا هذا.

فأما المنهي عنه: فهو التقليد فيما يعتقده علماً، أو يقضي به حكماً، ويفتي به إخباراً، فهو محظور، لا يستقر به علم، ولا يصح به حكم، ولا تجوز به فتياً، ويستوي في حظره تقليد من عاصره ومن تقدمه وسواء ساواه في العلم أو زاد عليه.

وجوز بعض الفقهاء تقليد علماء السلف ومن عاصره من المتقدمين عليه في العلم لقول الله تعالى ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣].

وجوّز بعض أصحاب الحديث تقليد الصحابة والتابعين دون غيرهم، لقول النبي ﷺ «خير الناس قرني ثم الذين يلونهم»[١].

وجوز آخرون منهم تقليد الصحابة دون التابعين لقول النبي ﷺ: «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم».

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٢٢٤، ٨/ ١١٣ ومسلم في فضائل الصحابة باب ٥٢ حديث (٢١٢) والترمذي (٢٣٠٢) (٢٣٠٣) وأحمد ١/ ٣٧٨، وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٢٢٨٥) والطبراني في الصغير ١/ ١٢٨ وفي الكبير ٢/ ٣٢٠، ٢١٢ والطحاوي في المشكل ٣/ ١٧٧ وفي المعاني ٤/ ١٥٢ وأبو نعيم في الحلية ٢/ ٧١/٤ ١٢٥ وابن أبي عاصم ٢/ ٦٢٧ وابن أبي شيبة ١٢/ ١٧٦ والبيهقي ٣/ ١٢٢.

وجوز آخرون منهم تقليد الخلفاء الأربعة من الصحابة دون غيرهم لقول النبي ﷺ: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي».

وجوز آخرون تقليد أبي بكر وعمر رضي الله عنهما خاصة لقول النبي ﷺ «اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر»[1].

والدليل على فساد التقليد، ووجوب الرجوع إلى أدلة الأصول، قول الله تعالى: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ [الشورى: ١٠] وقوله تعالى: ﴿لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣] فنفى أن يكون لغير المستنبط علم.

وروي أن عدي بن حاتم أتى رسول الله ﷺ وفي عنقه صليب أو وثن فقال رسول الله ﷺ: «اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله». فقال عدي: ما اتخذوهم أرباباً فقال: «أليس يحرمون عليهم ما حل ويحلون لهم ما حرم؟» قال: نعم قال: «فتلك العبادة».

ولأنه لا يخلو حال المقلد من أن يقلد جميع الناس أو بعضهم فإن قلد جميع الناس لم يمكنه لاختلافهم، وإن قلد بعضهم لم يكن قول من قلده بأولى من تركه فإن رجّح صار مستدلاً.

ثم يقال لمن قلّد: صرت إلى التقليد بدليل أو بغير دليل؟ فإن قال بدليل ناقض قوله صار مستدلاً وغير مقلد.

وإن قال بغير دليل قيل: فهلا قلدت من قال بإبطال التقليد فلا يجد منه انفصالاً إلا بدليل فبطل التقليد بالدليل.

وفي أمر رسول الله ﷺ بالاقتداء بأصحابه ما يوجب ترك التقليد لأنهم حين اختلفوا في الجد والعول وغيره استدلوا ولم يقلّد بعضهم بعضاً.

فصل: [القول في وجوب النظر في أصول الشرع]

فإذا تقرر فساد التقليد وجب النظر في أصول الشرع ليصل إلى العلم بموجبها. وأبطل قوم وجوب النظر وعوّلوا على الإلهام لقول الله تعالى: ﴿أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَتَكُونَ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا﴾ [الحج: ٤٦] فحملوه على إلهام القلوب دون اعتبارها.

وهذا تأويل فاسد وقول مُطَّرح لقول الله تعالى: ﴿سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي

---

(١) أخرجه الترمذي (٣٦٦٢، ٣٨٠٥) وابن ماجة (٩٧) وأحمد ٥/٣٨٢، ٣٨٥، ٣٩٩ وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٢١٩٣) والطحاوي في المشكل ٢/٨٣، ٨٤ والحاكم ٣/٧٥ والحميدي ٩٤٩ والطبراني في الكبير ٩/٦٨ وانظر التلخيص ٤/١٩٠.

﴿أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ﴾ [فصلت: ٥٣] فدل على أن رؤية الآيات تدل على الحق دون الإلهام، وقال تعالى: ﴿وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله﴾ [الشورى: ١٠].

يعني إما بالنص على حكمه، وإما بالنص على أصله، ولم يجعل لإلهام القلوب علماً بغير أصل.

ثم يقال: لمن أثبت المعارف بالإلهام لم قلت: بالإلهام فإن استدل ناقض وإن قال قلته بالإلهام فعنه سئل فيقال له انفصل عمّن ادعى الإلهام في إبطال الإلهام وانفصل عمن ادعى الإلهام بخلاف إلهامك في جميع أقوالك.

فصل: [السبب المؤدي إلى معرفة الأصول الشرعية]

فإذا ثبت وجوب النظر في الأصول الشرعية فالسبب المؤدي إلى معرفتها والعمل بها شيئان:

أحدهما: علم الحق وهو العقل: لأن حجج العقل أصل لمعرفة الأصول إذ ليس تعرف صحة الأصول إلا بحجج العقول. ولذلك لم يرد الشرع إلا بما أوجبه العقل أو جوزه ولم يرد بما حظره العقل وأبطله قال الله تعالى: ﴿وَتِلْكَ الأَمْثَالُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَعْقِلُهَا إِلاَّ العَالِمُونَ﴾ [العنكبوت: ٤٣] معناه وما يعلمها إلا العاقلون لقوله: ﴿إِنَّ في ذلك لآيات لأولي النهي﴾ [طه: ٥٤] يعني أولي العقول.

فصارت حجج العقول قاضية على حجج السمع ومؤدية إلى علم الاستدلال، ولذلك سمى كثير من العلماء العقل أم الأصول.

والسبب الثاني في معرفة الأصول الشرعية معرفة لسان العرب:

وهو معتبر في حجج السمع خاصة قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلاَّ بِلِسَانِ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ﴾ [إبراهيم: ٤] لأنه لا يخاطبهم إلا بما يفهم عنه ليكون حجة عليهم ولهم، وقد قال تعالى: ﴿لِسَانُ الَّذِي يُلْحِدُونَ إِلَيْهِ أَعْجَمِيٌّ وَهَذَا لِسَانٌ عَرَبِيٌّ مُبِينٌ﴾ [النحل: ١٠٣] فاحتاج الناظر إلى معرفة لسانهم، وموضوع خطابهم، ليفرق بين الحقيقة والمجاز، وبين الإثبات والنفي، وبين المطلق والمقيد، وبين العام والخاص، وبين المفسر والمجمل، وبين الناسخ والمنسوخ، ويفرق بين الفاعل والمفعول، ويعرف صيغة الأوامر والنواهي.

فإن قصر عنها لم يصح منه النظر.

ولسنا نعني أن يكون عالماً بجميع لغتهم وإعراب كلامهم، لأن التشاغل به يقطعه عن علم ما سواه، وإنما نريد أن يكون عالماً بموضوع كلامهم ومشهور خطابهم وهو

مشتمل على أربعة وجوه: أمر ونهي وخبر واستخبار.

فأما من لا يقصد النظر المؤدي إلى العلم فالذي يلزمه من معرفة العربية ما يجب أن يتلوه في صلاته من القرآن والأذكار دون غيره.

فإذا جمع الناظر بين هذين الشيئين من علم الحواس ولسان العرب صح منه النظر في الأصول وكانا أصلين في العلم بها.

وقد اختلف في العبارة عن الأصل والفرع، فقال بعضهم: الأصل ما دل على غيره، والفرع ما دل عليه غيره. فعلى هذه العبارة يجوز أن يقول في الكتاب أنه فرع لعلم الحس، لأنه الدال على صحته.

وقال آخرون: الأصل ما تفرع عنه غيره، والفرع ما تفرع عن غيره فعلى هذا لا يجوز أن يقال في الكتاب أنه فرع لعلم الحس، لأن الله تعالى تولاه وجعله أصلاً دل العقل عليه.

فصل: [الأصول الشرعية]

فإذا تقررت هذه الجملة فالأصول الشرعية أربعة: الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

أولا: الكتاب.

فالأصل الأول هو كتاب الله: الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، قال الله تعالى: ﴿هَذَا كِتَابُنَا يَنطِقُ عَلَيْكُمْ بِالْحَقِّ﴾ [الجاثية: ٢٩] وقال: ﴿ما فرطنا في الكتاب من شيء﴾ [الأنعام: ٣٨] وقال: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ [الشورى: ١٠].

ما يشتمل عليه الكتاب:

وكتاب الله يشتمل على ثلاثة وجوه: أمر ونهي وخبر.

وليس فيه استخبار لعلمه بما كان ويكون. وما ورد فيه على صيغة الاستخبار والاستفهام فالمراد به تقرير أو وعيد.

وقد حُدَّ ما فيه بأخص من هذه العبارة فقيل: إنه يشتمل على إعلام وإلزام.

فالإعلام: وعد أو وعيد، وليس يخلو ما فيه من النصوص من أن يراد به وعد أو وعيد.

والإلزام أمر ونهي.

فالأمر ما تعبد بفعله.

والنهي ما تعبد بتركه.

أقسام الأمر:

والأمر: ينقسم بالقرائن ثلاثة أقسام: واجب واستحباب ومباح.

فإن تجرد عن قرينه كان محمولاً عند الشافعي على الوجوب إلا بدليل يصرفه إلى الاستحباب أو الإباحة.

وذهب غيره إلى أنه محمول على الاستحباب حتى يقوم دليل على الوجوب.

وقال آخرون: هو موقوف حتى يقوم دليل على المراد به لاحتماله.

وما قاله الشافعي أولى، لفرق ما بين ورود الأمر وعدمه.

أقسام النهي:

والنهي ينقسم بالقرائن ثلاثة أقسام: تحريم وكراهة وتنزيه:

فإن تجرد عن قرينة كان محمولاً عند الشافعي على التحريم وفساد المنهي عنه إلا أن يصرفه دليل إلى غيره.

والأمر يقتضي فعل المأمور مرة واحدة، ولا يحمل على التكرار إلا بدليل.

والنهي يقتضي ترك المنهي عنه على الدوام ولا يجعل موقتاً إلا بدليل.

والنهي يقتضي الفور، ولا يحمل على التراخي إلا بدليل.

وفيما يقتضيه مطلق الأمر من الفور أو التراخي وجهان:

أحدهما: أنه يحمل على الفور كالنهي حتى يقوم دليل على التراخي.

والوجه الثاني: أنه يحمل على التراخي حتى يقوم دليل على الفور.

وقد يرد الأمر بلفظ الخبر، كقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فيحمل على حكم الأمر.

ويجوز أن يتوجه إليه النسخ.

وذهب قوم إلى أن ما ورد بلفظ الخبر لم يجز أن يتوجه إليه نسخ كالخبر.

وهذا فاسد، لأنه في معنى الأمر فكان على حكمه.

ومطلق الأمر والنهي متوجه إلى جميع الأحرار من الرجال والنساء.

وفي دخول العبيد في مطلق الأمر والنهي ثلاثة أوجه:

أحدها: يدخلون فيه لتوجه التكليف إليهم ولا يخرجون منه إلا بدليل.

والوجه الثاني: لا يتوجه إليهم ويخرجون منه بغير دليل لأنهم اتباع.

والوجه الثالث: أنه إن تضمن الخطاب وعيداً توجه إليهم كالأحرار ولم يخرجوا منه إلا بدليل وأن تضمن ملكاً أو عقداً أو ولاية خرجوا منه ولم يدخلوا فيه إلا بدليل.

وإذا ورد الكتاب باللفظ المذكّر توجه إلى الرجال ولم تدخل فيه النساء إلا بدليل، كما لو ورد بلفظ المؤنث توجه إلى النساء ولم يدخل فيه الرجال إلا بدليل.

وهذا متفق عليه وذلك مختلف فيه.

والمتفق عليه من افتراقهما في اللفظ المؤنث دليل يوجب افتراقهما فيما اختلف فيه من اللفظ المذكر.

وأمّا ما تضمنته شرائع من قبلنا من الأنبياء من الأوامر والنواهي فما لم يقصه الله تعالى علينا في كتابه لم يلزمنا حكمه لانتفاء العلم بصحته، وما قصه علينا في كتابه لزمنا منه ما شرعه إبراهيم لقول الله تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنِ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفاً﴾ [النحل: ١٢٣].

وفي لزوم ما شرعه غيره من الأنبياء وجهان:

أحدهما: يلزم ما لم يقم دليل على نسخه لكونه حقاً.

والوجه الثاني: لا يلزم إلا أن يقوم دليل على وجوبه وليس في أصله منسوخاً.

فصل: والذي يشتمل عليه كتاب الله من النصوص في الأحكام قيل انها خمسمائة آية.

تنقسم ستة أقسام:

أحدها: العموم والخصوص.

والثاني: المجمل والمفسر.

والثالث: المطلق والمقيد.

والرابع: الإثبات والنفي.

والخامس: المحكم والمتشابه.

والسادس: الناسخ والمنسوخ.

[القسم الأول: العموم والخصوص]:

فأما القسم الأول وهو العموم والخصوص: فالعموم هو الجمع والاشتراك مأخوذ من قولهم قدّ عمّ الأمن والخصب.

وأقل العموم ثلاثة هي أقل الجمع، ومن جعل أقل الجمع اثنين جعلهما أقل العموم.

والخصوص: هو الانفراد مأخوذ من قولهم زيد مخصوص بالشجاعة إذا لم يكن فيهم أشجع منه.

وأقل الخصوص واحد.

ويجوز أن يكون الخصوص مخرّجاً لأقلّ العموم وأكثره إذا انطلق على الباقي اسم العموم كالاستثناء ويكون المخصوص غير مراد بالعموم بخلاف النسخ ويصير المراد بالعموم هو للباقي منه بعد المخصوص.

ويجوز تخصيص العموم المطلق.

ومنع بعض الناس من تخصيص ما أُكّدَ وليس بصحيح لوجود الاحتمال بعد التأكيد كوجوده من قبل.

فأما الأحوال: فإذا تقرر هذا لم يخل العموم من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقترن به من الدلائل أو شواهد الأحوال ما يوجب حمله على عمومه فيجب حمله على مقتضى العموم مثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وهو محمول على العموم في تحريم الأمهات والبنات من غير تخصيص.

والحال الثانية: أن يقترن به ما يدل على تخصيصه مثل قوله تعالى ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ الآية إلى قوله ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٣، ٣٤] فخص من عموم القتل التائب قبل القدرة عليه فوجب أن يستعمل هذا العموم على ما اقتضاه التخصيص.

الحال الثالثة: أن يكون العموم مطلقاً لم يقترن به ما يدل على أحد الأمرين.

فقد اختلف أهل العلم فيما يوجبه إطلاقه على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب أهل الظاهر أنه لا صيغة للعموم توجب العمل بها، والواجب فيه التوقف حتى يقوم دليل على المراد به كالمجمل لما تضمنه من الاحتمال.

والثاني: وهو مذهب بعض المتكلمين أن الواجب استعماله على عمومه ما لم يقم دليل على تخصيصه من غير نظر ولا اجتهاد امتثالاً لموجب الأمر.

والثالث: وهو مذهب أهل العراق أنه قبل التخصيص مستعمل على عمومه من

غير اجتهاد ولا نظر وبعد التخصيص مجمل لا يستعمل إلا بعد البيان؛ لأنه قبل التخصيص جلي وبعد التخصيص خفي.

والرابع: وهو مذهب الشافعي أن لمطلق العموم صيغة توجب النظر والاجتهاد في أدلة تخصيصه، فإن وجد ما يخصه استعمل باقيه بعد تخصيصه، وإن لم يوجد ما يخصه أجري على عمومه، ولا يجوز استعماله قبل النظر ولا يصير مجملاً بعد التخصيص، لأنه قبل النظر والاجتهاد متكافىء الاحتمال وبعد إمعان النظر والاجتهاد مترجح الاستعمال وليس لزمان النظر والاجتهاد وقت مقدر وإنما هو معتبر بما يؤديه الاجتهاد إليه من الرجاء والإياس.

وإذا كان كذلك فأدلة التخصيص تؤخذ من أربعة أصول: الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

فأما تخصيص الكتاب: فمثل قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فاقتضى عمومه إيجاب العدّة على كل مطلقة فخص منه المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٦].

وأما تخصيص الكتاب بالسنة: فمثل قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] خصه قول النبي ﷺ «لا قطع في أقل من ربع دينار» ولا قطع في ثمر ولا أكثر ومثل قوله تعالى ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] ونهى النبي ﷺ عن قتل النساء والولدان.

وأما تخصيص الكتاب بالإجماع: فمثل قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] خصة الإجماع في أن العبد لا يرث. وخصته السنة في أن القاتل والكافر لا يرثان فصارا بعضها مخصوصاً بالسّنة وبعضها مخصوصاً بالإجماع.

وأما تخصيص الكتاب بالقياس: فمثل قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] ثُمَّ خَصَّتْ الأمة بنصف الحد نصاً بقوله: **﴿فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾** [النساء: ٢٥] ثم خص العبد بنصف الحد قياساً على الأمة فصار بعض الآية مخصوصاً بالكتاب وبعضها مخصوصاً بالقياس ومثل قوله تعالى: **﴿والبدْنُ جعلناها لكم من شعائر الله إلى قوله فكلوا منها﴾** [الحج: ٣٦] ثم خص الإجماع تحريم الأكل من جزاء الصيد وخص القياس عند الشافعي تحريم الأكل من هدي المتعة والقرآن قياساً على جزاء الصيد فصار بعض الآية مخصوصاً بالإجماع وبعضها مخصوصاً بالقياس.

[القول في تخصيص العموم بالقياس]

ويجوز تخصيص العموم بالقياس الجلي.

وفي جواز تخصيصه بالقياس الخفي وجهان.

فإذا عدم المجتهد أدلة التخصيص من أحد هذه الأصول الأربعة وجب عليه استعمال العموم على العموم.

فإذا خص العموم بما ذكرنا من أحد الأصول الأربعة جاز القياس على المخصوص من العموم ولم يجز القياس على الباقي من العموم.

مثاله: أن قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٧] لما خص منه من سرق من ثَمَرٍ أو كَثَرٍ في سقوط القطع عنه لم يجز أن نقيس على قطع السارق قطع من ليس بسارق، وجاز أن نقيس على سارق الثمر والكثر سارق غير الثُمّر والكثر في سقوط القطع عنه.

والفرق بينهما: أن العموم لما ضعف حكمه عن استيفاء اسمه ضعف معناه عن اجتذاب غيره والمخصوص لما قوي حكمه على استيفاء اسمه قوي معناه على اجتذاب غيره.

ولذلك قاس الشافعي على جزاء الصيد في تحريم أكله وهو مخصوص تحريم هدي المتعة ولم يقسه على بقية العموم في الإباحة.

فصل: [القسم الثاني وهو المفسر والمجمل]

وأما القسم الثاني: وهو المفسر والمجمل فالمفسر هو الذي يفهم منه المراد به.

والمجمل هو ما لم يفهم منه المراد به.

ومثله في الكتاب قوله تعالى: ﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١] ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣/ النساء: ٧٧،٤/ النور: ٥٦/ المزمل: ٢٠].

ومثله في السنة: قول النبي ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها: عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله».

فإن قيل كيف جاز خطابهم بما لا يفهمونه من المجمل؟ قيل: لأمرين:

أحدهما: ليكون إجماله توطئة للنفوس على قبول ما يتعقبه من البيان فإنه لو بدأ في تكليف الصلاة والزكاة ببيانهما جاز أن تنفر النفوس منهما ولا تنفر من إجمالهما.

والثاني: أن الله تعالى جعل من الأحكام جلياً، وجعل منها خفياً؛ ليتفاضل الناس

في العلم بها، ويثابوا على الاستنباط لها. كذلك جعل منها مفسراً جلياً، وجعل منها مجملاً خفياً.

وإذا كان كذلك فالمجمل ضربان:

أحدهما: أن يقع الإجمال في الاسم المشترك والضرب الثاني أن يقع الأجمال في الحكم المبهم.

فأما الإجمال في الاسم المشترك فمثل القرء ينطلق على كل واحد من الحيض والطهر، والشفق ينطلق على كل واحد من الحمرة والبياض، والذي بيده عقدة النكاح ينطلق على كل واحد من الأب والزوج.

فإن اقترن بأحدهما بينة أخذ به، وإن تجرد عن بينة واقترن به عرف عمل عليه.

وإن تجرد عن بينة وعرف وجب الاجتهاد في المراد منهما وكان من خفي الأحكام التي وكل العلماء فيها إلى الاستنباط فصار داخلاً في المجمل لخفائه وخارجاً منه لإمكان استنباطه.

وأما الإجمال في الحكم المبهم: فضربان:

أحدهما: ما كان إجماله في لفظه كقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣ ـ النساء: ٧٧ ـ النور: ٥٦ ـ المزمل: ٢٠] ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾ [الأنعام: ١٤١].

والثاني: كما كان إجماله بغيره.

مثاله من القرآن قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] والربا صنف من البيوع صار به الباقي من البيوع مجملاً على قول كثير من أصحابنا، وإن قال بعضهم هو عموم خص منه الربا.

ومثاله من السنّة قول النبي ﷺ: «الصلح جائز إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً» وكلا الضربين مجمل يفتقر إلى بيان يفهم به المراد.

فإن قيل: أفيلزم التعبد به قبل بيانه؟ قيل: نعم قد بعث رسول الله ﷺ معاذاً إلى اليمن وقال له: ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وإني رسول الله فإن أجابوك فاعلمهم أن في أموالهم حقاً يؤخذ من أغنيائهم ويرد على فقرائهم، فتعبدّهم بالتزام الزكاة قبل بيانها.

وفي كيفية تعبدهم بالتزامه وجهان:

أحدهما: أنهم يتعبدون قبل البيان بالتزامه مجملاً وبعد البيان بالتزامه مفسراً.

وإذا كان كذلك فالبيان يختلف باختلاف المجمل وهو ضربان:

أحدهما: ما وكل العلماء إلى اجتهادهم في بيانه من غير سمع يفتقر إليه: مثل قوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾ [التوبة: ٢٩] فلم يرد سمع ببيان أقل الجزية حتى اجتهد العلماء في أقلها. وكقوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩] فأجمل ذكر العدد الذي تنعقد به الجمعة حتى اجتهد العلماء فيه. وكقوله تعالى في نفقة الزوجات ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾ [الطلاق: ٧] فأجمل قدر النفقة في أقلها وأوسطها وأكثرها حتى اجتهد العلماء في تقديرها فهذا ونظائره من المجمل الذي لا يفتقر إلى بيان السمع فبيانه ساقط عن الرسول ﷺ لأنه مأخوذ من أصول الأدلة المشهورة، سأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن الكلالة فقال: «تكفيك آية الصيف» فوكله إلى الاجتهاد ولم يصرح بالبيان.

واختلف أصحابنا في هذا النوع من البيان الصادر عن الاجتهاد هل يؤخذ قياساً أو تنبيهاً؟ على وجهين:

أحدهما: يؤخذ تنبيهاً من لفظ المجمل وشواهد أحواله، لأن النبي ﷺ قال لعمر في الكلالة: «تكفيك آية الصيف» فرده إليها ليستدل بما تضمنها من تنبيه وشواهد حال.

والوجه الثاني: يجوز أن يؤخذ قياساً على ما استقر بيانه من نص أو إجماع لأن عمر سأل رسول الله ﷺ عن قبلة الصائم فقال: أرأيت لو تمضمضت بماء فجعل القبلة بغير إنزال كالمضمضة بلا ازدراد.

والضرب الثاني من المجمل: مايفتقر بيانه إلى السمع، كقوله ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣] لا يوصل إلى بيانه إلا من نص مسموع من كتاب أو سنة.

فعلى هذا هل يجوز أن يتأخر بيانه وبيان تخصيص العموم عن وقت نزوله إلى وقت تنفيذه واستعماله أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز أن يؤخر بيان العموم والمجمل عن وقت النزول إلى وقت التنفيذ والاستعمال، لأن معاذاً أخرّ بيان الزكاة لأهل اليمن إلى الوقت الذي أخذها منهم.

والوجه الثاني: لا يجوز تأخير بيان المجمل والعموم عن وقت النزول إلى وقت التنفيذ لاختلاف أحوال الناس في الحاجة إلى البيان وليحترز بتعجيله من اخترام المنية للرسول المبيّن.

والوجه الثالث: يجوز تأخير بيان العموم؛ لأنه قبل البيان مفهوم، ولا يجوز تأخير بيان المجمل؛ لأنه قبل البيان غير مفهوم.

فصل: [القسم الثالث بيان المطلق والمقيد]

وأما القسم الثالث وهو المطلق والمقيد: فهو أن يرد الخطاب مقيداً بحال أو وصف أو شرط ثم يرد من جنسه مطلق غير مقيد بوصف ولا شرط.

والكلام فيه مشتمل على فصلين:

أحدهما: في المقيد هل يجب أن يكون حكمه مقصوراً على الشرط المقيد به أم لا؟

والثاني: في المطلق هل يجب حمله على حكم المقيد من جنسه أم لا؟

فأما الفصل الأول في المقيد بالشرط: فهو عندنا وعند جمهور الفقهاء ينقسم قسمين:

أحدهما: ما كان تقييده بالوصف شرطاً في ثبوت حكمه، فيثبت الحكم بوجوده وينتفي بعدمه مثل قوله تعالى: **﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر﴾** إلى قوله **﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً﴾** [المائدة: ٦] فكان تقييد التيمم بالمرض والسفر شرطاً في إباحته وكقوله في كفارة الأيمان: **﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾** [المائدة: ٨٩] فكان العدم شرطاً في جواز الصيام إلى نظائره وهذا القسم فيما كان معناه خاصاً.

والقسم الثاني: ما لا يكون الوصف المقيد شرطاً في حكم الأصل ويعم حكمه مع وجود الشرط وعدمه مثل قوله تعالى: **﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ﴾** [النساء: ١٠١] وليس الخوف شرطاً في جواز القصر لجوازه مع الأمن وكقوله في جزاء الصيد: **﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّداً فَجَزَاءُ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾** [المائدة: ٩٥] وليس العمد شرطاً في وجوبه لوجوبه على الخاطىء والعامد وكقوله في تحريم المناكح: **﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾** [النساء: ٢٣] وليس كونها في الحجر شرطاً في الحظر لتحريمها في الحالين.

وهذا القسم فيما كان معناه عاماً.

والفرق بينهما يكون باعتبار معنى المقيد.

فإن كان خاصاً كالقسم الأول ثبت حكم التقييد.

وإن كان معناه عاماً كالقسم الثاني سقط حكم التقييد.

وأنكر أهل الظاهر ومنهم داود بن علي هذا القسم وأجروا جميع المقيد على تقييده وجعلوه شرطاً في ثبوت حكمه يثبت بوجوده ويسقط بعدمه.

ولم يعتبروا معنى الأصل في عموم ولا خصوص، لاعتمادهم على المنصوص دون المعاني.

ولأن النص لا يرفع بالتعليل، لأنه يصير نسخاً بها:

ولأنه لو سقط حكم هذا التقييد المشروط لجاز أن يسقط حكم أصله.

ولو استقر أصل هذا لسقطت أحكام النصوص كلها. وهذا الذي قاله مدفوع بنص الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ﴾ [الإسراء: ٣١] وليس يستباح قتلهم مع أمن الإملاق كما لا يستباح مع وجوده.

وقال ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً﴾ [النور: ٣٣] ولا يجوز إكراههن عليه وإن لم يردن تحصناً.

وقال تعالى ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْراً فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ فَلَا تَظْلِمُوا فِيهِنَّ أَنْفُسَكُمْ﴾ [التوبة: ٣٦] وهو لا يجوز أن يظلم فيهن ولا في غيرهن.

فلما سقط حكم التقييد في هذا ولم يصر نسخاً جاز أن يسقط في غيره ولا يكون نسخاً، فإن خص هذا بدليل فقد جعلوا للدليل تأثيراً في إسقاط التقييد وهو الذي ذكرناه.

فإن قيل فإذا سقط حكم التقييد صار لغواً غير مقيد.

قيل: يحتمل ذكر التقييد مع سقوط حكمه أموراً منها:

أن يكون حكم المسكوت عنه مأخوذاً من حكم المنطوق به ليستعمله المجتهد فيما لم يجد فيه نصاً فإن أكثر الحوادث غير نصوص.

ومنها: أن يكون التقييد تنبيهاً على غيره كما قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥] فنبّه بالقنطار على الكثير ونبه بالدينار على القليل، وإن كان حكم القليل والكثير فيهما سواء.

ومنها أن يكون الوصف هو الأغلب من أحوال ما قيد به، فيذكره لغلبته كما قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وإن كانت مفاداة الزوجين تجوز مع وجود الخوف وعدمه لأن الأغلب من المفاداة أن تكون مع الخوف.

وإذا احتمل هذه الأمور وغيرها صار وجود التقييد مقيداً مع سقوط حكمه، وإن لم يكن لغواً.

وإذا كان كذلك وجب النظر في كل مقيد.

فإن ظهر دليل على عدم تأثيره سقط حكم التقييد وجاز في عموم حكمه كالمطلق.

وإن عدم الدليل وجب حمله على تقييده وجعل شرطاً في ثبوت حكمه فهذا حكم المقيد.

[والفصل الثاني]:

وأما حكم المطلق الوارد من جنس المقيد إذا جعل التقييد شرطاً في المقيد فقد اختلف الفقهاء في وجوب حمله على إطلاقه أو على ما قيد من جنسه.

فالظاهر من مذهب الشافعي أنه يجب حمل المطلق على المقيد من جنسه ما لم يقم دليل على حمله على إطلاقه كما حمل إطلاق الشهادة في الديون والعقود بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] على الشهادة المقيدة بالعدالة في الرجعة بقوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] فصارت العدالة شرطاً في كل شهادة. ولاعتقاد الشافعي لهذا المذهب ما حمل إطلاق العتق في كفارة الأيمان والظهار على العتق المقيد بالإيمان في كفارة القتل، وجعل الإيمان شرطاً في عتق جميع الكفارات.

والظاهر من مذهب أبي حنيفة أن المطلق محمول على إطلاقه ما لم يقم دليل على حمله على المقيد من جنسه ولذلك لم يجعل العتق فيما عدا كفارة القتل مشروطاً بالإيمان حملاً على إطلاقه.

وذهب بعض أصحاب الشافعي إلى أن أقل حكم المطلق بعد المقيد من جنسه موقوف على الدليل.

فإن قام الدليل على إطلاقه أطلق.

وإن قام الدليل على تقييده قيّد.

وإن لم يقم على واحد منهما دليل صار كالذي لم يرد فيه نص فيعدل فيه إلى غيره من أدلة الشرع والاجتهاد في استنباط المعاني.

ويصير احتماله للأمرين مبطلاً لحكم النص فيه.

وهذا قول من ذهب إلى وقف العموم حتى يقوم دليل على تخصيص أو عموم.

وهذا أفسد المذاهب، لأن النصوص المحتملة يكون الاجتهاد عائداً إليها ولا

يعدل بالاحتمال إلى غيرها ليكون حكم النص ثابتاً بما يؤدي الاجتهاد إليه من نفي الاحتمال عنه وتعيين المراد به.

والذي عندي وأراه أولى المذاهب في المطلق أن يعتبر غلظ حكم المطلق والمقيد.

فإن كان حكم المطلق أغلظ حمل على إطلاقه ولم يقيد إلا بدليل.

وإن كان حكم المقيد أغلظ حمل المطلق على المقيد ولم يحمل على إطلاقه إلا بدليل، لأن التغليظ إلزام وما تضمنه الإلزام لم يسقط التزامه بالاحتمال.

وإذا تقرر ما ذكرنا ووجب حمل المطلق على المقيد كان ذلك مستعملاً في إطلاق الصفة ولا يكون مستعملاً في إطلاق الأصل.

مثاله: أن مسح اليدين في التيمم مطلق وفي الوضوء تقيد بالمرفقين فحمل إطلاقهما في التيمم على تقييدهما في الوضوء بالمرفقين وأطلق ذكر الرأس والرجلين وذكرا في الوضوء فلم يحمل ترك ذكرهما في التيمم على إثبات ذكرهما في الوضوء، لأن ذكر المرافق صفة وذكر الرأس والرجلين أصل.

وذهب أبو علي بن خيران من أصحاب الشافعي إلى أن المطلق محمول على المقيد في الصفة والأصل معاً، وجعل إطلاق ذكر الإطعام في كفارة القتل محمولاً على ذكر الإطعام في كفارة الظهار، وأوجب فيهما إطعام ستين مسكيناً، كما حمل إطلاق العتق في كفارة الظهار على تقييده بالأيمان في كفارة القتل.

وفي هذا إثبات أصل بغير أصل.

فإذا ثبت حمل المطلق على المقيد فقد اختلف أصحابنا هل وجب حمله عليه من طريق اللغة، أو من طريق الشرع؟ على وجهين:

أحدهما: وجب حمله عليه من طريق اللغة لأنه في لسان العرب موضوع لهذا.

والوجه الثاني: أنه وجب حمله على المقيد بالشرع المستقر على استنباط المعاني، لأن الأحكام لا تؤخذ إلا شرعاً من نصٍّ أو قياسٍ.

وإذا ورد مقيدان من جنس واحد بشرطين مختلفين وأطلق ثالث من جنسهما وجب حمل المطلق على إطلاقه ولم يجب حمله على أحد المقيدين لأنه ليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر، وحمل كل واحد من المقيدين على تقييده.

وأما حمله على تقييد نظيره فينظر في صفتي التقييد فيهما.

فإن تنافى الجمع بينهما لم يحمل أحدهما على الآخر واختص كل واحد منهما بصفته التي قيد بها، وذلك مثل تقييد صوم الظهار بالتتابع، وتقييد صوم التمتع

بالتفرقة، ولا يمكن الجمع بين التتابع والتفرقة فيختص كل واحد منهما بصفته.

وإن أمكن اجتماع الصفتين ولم يتنافيا ففي حمل كل واحد منهما على تقييد نظيره وجهان:

أحدهما: لا يحمل إلا على ما قيد به إذا قيل إن المطلق لا يحمل على المقيد إلا بدليل..

والوجه الثاني: يحمل على تقييده وتقييد نظيره فيصير كل واحد منهما مقيداً بالصفتين إذا قيل بجواز حمل المطلق على المقيد.

فعلى هذا يجوز أن يحمل ما أطلق من جنسهما على تقييدهما معاً ويصير كل واحد من النصوص الثلاثة المتجانسة مقيداً بشرطين.

فصل: [القسم الرابع الإثبات والنفي]

وأما القسم الرابع وهو الإثبات والنفي: فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: إثبات تجرد عن نفي.

والثاني: نفي تجرد عن إثبات.

والثالث: ما اجتمع فيه نفي وإثبات.

[القول في الإثبات المتجرد عن النفي]:

فأما القسم الأول: في الإثبات إذا تجرد عن نفي فضربان:

أحدهما: أن يقترن بحرف التحقيق فيكون إثباته نفياً لما عداه كقول النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»، وكقوله: «إنما الولاء لمن أعتق» فيكون إثبات العمل بالنية موجباً لنفيه من غير نية، وإثبات الولاء للمعتق موجباً لنفيه لغير المعتق.

وسواء كان هذا الإثبات جواباً أو ابتداء.

لكن اختلف في النفي به هل هو بلفظ النطق أو بدليله؟ على وجهين:

أحدهما: أن الذي أوجب النفي بعد الإثبات هو دليل اللفظ دون اللفظ فيكون دليل الخطاب هو الموجب للنفي؛ لأنها لفظة تحقيق فجرت مجرى التأكيد.

والوجه الثاني: أنها أوجبت النفي والاثبات بنفس اللفظ، لأن لفظة «إنما» موضوعة في اللغة لإثبات ما اتصل بها ونفي ما انفصل عنها.

والضرب الثاني: أن يتجرد الإثبات عن حرف التحقيق كقوله ﷺ «في سائمة الغنم زكاة» وكقوله «القطع في ربع دينار» فلمخرجه حالتان:

إحداهما: أن يكون جواباً لسائل عن الزكاة في سائمة الغنم فقال: «في سائمة

الغنم زكاة» ولسائل عن القطع في ربع دينار فقال: «القطع في ربع دينار» فلا يكون هذا الإثبات نفياً لما عداه لأن مقصوده بيان السؤال.

والحال الثانية: أن يبدأ به الرسول فيقول مبتدئاً: «في سائمة الغنم زكاة» و «القطع في ربع دينار» فيكون هذا الإثبات نفياً لما عداه فلا تجب الزكاة في غير السائمة ولا يجب القطع في أقل من ربع دينار لأنه لا بد لتخصيص هذا بالذكر من موجب فلما خرج عن الجواب ثبت وروده للبيان.

هذا هو الظاهر من مذهب الشافعي، وقول جمهور أصحابه.

وذهب أبو العباس بن سريج وأبو حامد المروزي إلى أن حكم ما عدا الإثبات موقوف على الدليل لما تضمنه من الاحتمال.

وهذا فاسد بما ذكرنا من التعليل.

وإذا انتفى حكم الإثبات عما عداه على ما بيناه، فقد اختلف أصحابنا في موجب نفيه عنه على وجهين:

أحدهما: أوجبه لسان العرب لغة.

والوجه الثاني: بل أوجبه دليل الخطاب شرعاً.

[القول في النفي المتجرد عن الإثبات]:

وأما القسم الثاني: في النفي إذا تجرد عن إثبات فضربان:

أحدهما: أن يكون جواباً لسؤال فلا يكون النفي موجباً لإثبات ما عداه كقوله ﷺ: «لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان» لا يدل على التحريم بالثالثة.

والضرب الثاني: أن يبتدىء به الرسول ﷺ فيقول: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور» فدل على قبولها بالطهور ويكون نفي الحكم عن تلك الصفة موجباً لإثباته عند عدمها.

وهو الظاهر من مذهب الشافعي.

ويحتمل قول من جعل ما عدا الإثبات موقوفاً أن يجعل ما عدا النفي موقوفاً.

وإذا كان حكم النفي مطلقاً يحتمل نفي الجواز ونفي الكمال حمل على نفي الجواز لعمومه كقوله ﷺ «لا يقبل الله صلاة بغير طهور» فكان هذا النفي مانعاً من أجزائها.

فإن قام دليل على نفي الكمال حمل عليه كقوله «لا صلاة لجار المسجد إلا في مسجده» لما قام الدليل على إجزائها حمل على نفي كمالها.

ويجيء على مذهب من قال بوقف المحتمل بجعل هذا موقوفاً لأنه محتمل.

[القول فيما اجتمع فيه نفي وإثبات]:

وأما القسم الثالث الجامع للنفي والإثبات فيشتمل على ثلاثة أنواع:

أحدهما: الاستثناء.

والثاني: الشرط.

والثالث: الغاية.

[النوع الأول: الاستثناء]:

فأما النوع الأول وهو الاستثناء: فالمعتبر في ثبوت حكمه ثلاثة أشياء:

أحدها: أن يرجع إلى أصل يبقى منه بعد الاستثناء بعضه وإن قل، وإن رفع جميعه لم يصح، لأنه يصير نسخاً، ويثبت حكم الأصل ويبطل حكم الاستثناء.

والثاني: أن يكون الاستثناء من جنس الأصل ليصح به خروج بعضه.

فإن عاد إلى غير جنسه صح على مذهب الشافعي في المعنى دون اللفظ.

وأجاز قوم في اللفظ والمعنى. وأبطله آخرون في اللفظ والمعنى.

وبيان ما ذهب إليه الشافعي في جوازه في المعنى دون اللفظ هو كقوله: له عليّ ألف درهم إلا ديناراً فلا يجعل لفظ الدينار استثناءً من لفظ الدراهم لأنه لا يجانسها وإنما تجعل قيمته مستثناة من الدراهم، لأنه لا ينافيها فصار الاستثناء في المعنى دون اللفظ.

والثالث: أن يتعلق على الاستثناء ضد حكم الأصل فإن كان الأصل إثباتاً صار الاستثناء نفياً، وإن كان الأصل نفياً صار الاستثناء إثباتاً.

وإن عاد الاستثناء إلى جمل مذكورة تقدمته يمكن أن يعود إلى جميعها ويمكن أن يعود إلى بعضها فمذهب الشافعي أنه يعود إلى جميعها ما لم يخصه دليل كقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ الآية إلى قوله: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٦] فكان ذلك راجعاً إلى جميع ما تقدم من القتل والصلب والقطع والنفي.

وقال أبو حنيفة: يرجع إلى أقرب مذكور إلا أن يعمه دليل كقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾ [النساء: ٩٢] فرجع ذلك إلى أقرب مذكور وهو الدية دون الكفارة.

وكذلك ما اختلفا في قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة

شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا﴾ [النور: ٤ ـ ٥].

أن التوبة عند أبي حنيفة ترجع إلى الفسق وحده، لأنه أقرب مذكور.

وعند الشافعي ترجع إلى الفسق وقبول الشهادة اعتباراً بالعموم.

ولا ترجع عندهما جميعاً إلى الجلد مع اختلافهما في التعليل.

فعند أبي حنيفة لبعده عن أقرب مذكور.

وعند الشافعي لخروجه بدليل: وهو أن حد القذف من حقوق الآدميين التي لا تسقط بالتوبة.

ولذلك لم يجعل قوله ﴿إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [النساء: ٩٢] عائداً إلى الكفارة؛ لأنها من حقوق الله التي لا تسقط بالعفو وجعله عائداً إلى الدية لسقوطها بالعفو.

فصل: [النوع الثاني: الشرط]

وأما النوع الثاني وهو الشرط:

والشرط في اللغة هو العلامة ومنه قول الله عز وجل: ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد: ١٨] أي علاماتها ولذلك سمي صاحب الشُرطِ لتميزه بعلامته.

والشرط في الشرع: هو الشي الذي علق به الحكم لأنه علامة لوجوبه.

فإذا علق الحكم بشرط ثبت الحكم بوجوده وانتفى بعدمه كقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] فيتعلق به إثبات ونفي فيجري مجرى الاستثناء من وجه وإن خالفه من وجه.

فوجه اجتماعهما أنه قد يثبت حكماً وينفي حكماً.

ووجه افتراقهما: أن الشرط يثبت الحكم في حال وجوده وينفيه في حال عدمه، والاستثناء يجمع بين النفي والإثبات في حال واحدة.

وربما قيد الحكم بشرط قام الدليل على ثبوت الحكم مع وجوده وعدمه ولا يتعلق بالشرط إثبات ولا نفي.

ويصرفه الدليل عما وضع له من الحقيقة إلى ما قصد به من المجاز كقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] وحقها في العدة مع وجود الريبة وعدمها سواء.

فإن تجرد الشرط عن دليل حمل على موجبه في النفي والإثبات.

فإن علق الشرط بجمل مذكورة عاد إلى جميعها ما لم يخصه دليل كالاستثناء.

وجعله أبو حنيفة عائداً إلى أقرب مذكور.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [المائدة: ٨٩] يعود إلى جميع ما تقدم ولا يعود إلى أقرب مذكور من تحرير الرقبة.

فصل: [النوع الثالث: الغاية]

وأما النوع الثالث وهو الغاية:

فهي حد لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها كقوله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾ [البقرة: ١٨٧].

فكان الفجر حداً لإباحة الأكل قبله وتحريمه بعده، فتعلق بالغاية إثبات ونفي كالاستثناء والشرط، غير أن الشرط موجب لثبوت الحكم بعده، ولانتفائه قبله، والغاية موجبة لثبوت الحكم قبلها ولانتفائه بعدها.

فإن اقترن بالغاية شرط تعلق الإثبات بهما والنفي بأحدهما كقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وهذا غاية ثم قال ﴿فإذا تطهرن فأتوهن﴾ وهذا شرط فتعلق حكم الإثبات بوجود الشرط بعد الغاية، فلا يستباح وطؤهن إلا بالغسل بعد انقطاع الدم، وتنتفي الاستباحة بعدمها أو عدم أحدهما من غاية أو شرط.

فصل: [القسم الخامس: المحكم والمتشابه]

وأما القسم الخامس وهو المحكم والمتشابه:

فأصله قول الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ﴾ [آل عمران: ٧] الآية.

واختلف أهل العلم في المحكم والمتشابه على ثمانية أقوال:

أحدها: أن المحكم الناسخ والمتشابه المنسوخ وهذا قول ابن عباس وابن مسعود.

والثاني: أن المحكم الفرائض والوعد والوعيد، والمتشابه القصص والأمثال وهو قول مأثور.

والثالث: أن المحكم الذي لم تتكرر ألفاظه والمتشابه الذي تكررت ألفاظه وهذا قول عبد الرحمن بن زيد.

والرابع: أن المحكم ما علم العلماء تأويله وفهموا معناه، والمتشابه ما لم يكن

لهم إلى علمه سبيل، مما استأثر الله تعالى بعلمه: كقيام الساعة، وطلوع الشمس من مغربها، ونزول عيسى، وغيره، وهذا قول جابر.

والخامس: أن المحكم: ما أحكم الله بيان حلاله وحرامه، فلم تشتبه معانيه والمتشابه: ما اشتبهت معانيه، وهذا قول مجاهد.

والسادس: أن المحكم ما لم يحتمل من التأويل إلا وجهاً واحداً، والمتشابه ما احتمل من التأويل أوجهاً، وهذا قول محمد بن جعفر بن الزبير.

والسابع: أن المحكم ما قام بنفسه، ولم يحتج إلى استدلال، والمتشابه ما لم يقم بنفسه واحتاج إلى استدلال، وهو قول بعض المتكلمين.

والثامن: أن المحكم ما كانت معاني أحكامه معقولة والمتشابه ما كانت معاني أحكامه غير معقولة كأعداد الصلوات، واختصاص الصيام بشهر رمضان دون شعبان.

وهذا محتمل.

وفي قوله ﴿هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ﴾ [آل عمران: ٧] ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه أراد الآي التي فيها الفرائض والحدود لأنها أكثر المقصود وهذا قول يحيى بن يعمر.

والثاني: أنه أراد فواتح السور التي يستخرج منها القرآن وهذا قول أبي فاختة.

والثالث: أراد أنه معقول المعاني؛ لأنه يتفرع عنه ما يشاركه في معناه فيصير الأصل لفروعه كالأم لحدوثها عنه فلذلك سماه أم الكتاب.

وهذا محتمل.

﴿فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ﴾ [آل عمران: ٧] فيه وجهان:

أحدهما: شك قاله مجاهد.

والثاني: ميل.

﴿فيتبعون ما تشابه منه﴾فيه وجهان:

أحدهما: أنه الأجل الذي أرادت اليهود أن تعرفه من الحروف المقطعة في القرآن من انقضاء مدة النبي ﷺ بحساب الجُمَّل.

والثاني: أنه معرفة عواقب القرآن في العلم بورود النسخ قبل وقته.

﴿ابتغاء الفتنة﴾ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه الشرك قاله السُدّي.

والثاني: أنه اللبس قاله مجاهد.

والثالث: أنه إفساد ذات البين.

﴿وابتغاء تأويله﴾ فيه وجهان:

أحدهما: أن التأويل التفسير.

والثاني: أنه العاقبة المنتظرة.

﴿وما يعلم تأويله إلا الله﴾ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: تأويل جميع المتشابه، لأن فيه ما يعلمه الناس وفيه ما لا يعلمه إلا الله، وهذا قول الحسن.

والثاني: أن تأويله يوم القيامة، لما فيه من الوعد والوعيد، كما قال الله تعالى: ﴿هَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا تَأْوِيلَهُ يَوْمَ يَأْتِي تَأْوِيلُهُ﴾ [الأعراف: ٥٣]، يعني يوم القيامة، وهذا قول ابن عباس.

والثالث: أن تأويله وقت حلوله، وهذا قول بعض المتأخرين.

﴿وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ﴾ فيه وجهان:

أحدهما: يعني الثابتين فيه، والعاملين به.

والثاني: يعني المستنبطين له، والعالمين به.

وفيهم وجهان:

أحدهما: أنهم داخلون في الاستثناء وتقديره: أن الذي يعلم تأويله الله والراسخون في العلم جميعاً روى مجاهد عن ابن عباس قال: أنا ممن يعلم تأويله[1].

والثاني: أنهم خارجون من الاستثناء ويكون معنى الكلام: وما يعلم تأويله إلا الله وحده، ثم استأنف فقال: ﴿والراسخون في العلم يقولون آمنا به﴾.

﴿كل من عند ربنا﴾ يحتمل وجهين:

أحدهما: علم ذلك عند ربنا.

والثاني: أن ما فصله الله من المحكم والمتشابه منزل من عند ربنا.

وإنما جعل الله تعالى كتابه محكماً ومتشابهاً استدعاء للنظر من غير اتكال على الخبر ليتبين التفاضل ويستجزل الثواب.

---

(١) أخرجه الطبراني في التفسير ٣/ ١٨٣ والدر المنثور ٢/ ٧.

وقد روى معاذ بن جبل عن النبي ﷺ أنه قال: القرآن على ثلاثة أجزاء: «حلال فاتبعه، وحرام فاجتنبه، ومتشابه يشكل عليك فكله إلى عالمه».

وإذا وضح ما ذكرناه فما تضمنه كتاب الله تعالى من الأحكام والأعلام ينقسم أربعة أقسام:

أحدها: محكم في أحواله.

والثاني: متشابه في أحواله.

والثالث: متشابه في حال ومحكم في حال.

والرابع: محكم من وجه ومتشابه من وجه.

فأما القسم الأول وهو المحكم في الأحوال فضربان: مفهوم، ومعقول، والفرق بينهما أن المفهوم ما لم يحتج إلى فكر، والمعقول ما احتاج إلى فكر.

والمفهوم: ضربان:

أحدهما: ما فهم صريح لفظه كقوله تعالى في تحريم المناكح ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية.

والثاني: ما فهم بمخرج خطابه مثل قوله في تحريم الخمر والقمار: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠] فدل وضع الخطاب على تحريمه.

والمعقول: ضربان:

أحدهما: ما علم بالتنبيه كقوله: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] نبّه بثلث الأم على أن الباقي للأب.

والثاني: ما علم بالاستدلال: مثل تقدير أقل الحمل بستة أشهر بقوله ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ [الأحقاف: ١٤] دل بقوله ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] على أن الباقي من ثلاثين شهراً هو أقل مدة الحمل.

فهذه الضروب الأربعة ونظائرها محكمة غير متشابهة.

وأما القسم الثاني: وهو المتشابه في الأحوال: فضربان:

أحدهما: ما تلوّحت فيه إشارة يحتمل الاستدلال بها كقوله في الكلالة: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: ١٢] فسأل عمر رسول الله ﷺ عن الكلالة. فقال: «تكفيك آية الصيف» يعني قوله: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾ [النساء: ١٧٦]. . . الآية

فسماها آية الصيف، لأنها نزلت في الصيف فلم يزده في البيان عن الرد إلى الإشارة.

والضرب الثاني: ما تجرد عن إشارة كالحروف المفردة في القرآن مثل ﴿الٓمٓ﴾ و﴿كٓهيعٓصٓ﴾ [مريم: ١] ﴿حمٓ عٓسٓقٓ﴾ [الشورى: ١] فكانت على احتمال مشتبهةٌ غير أن المراد في الضرب الأول خفي وفي هذا الضرب مبهم وكلاهما من المتشابه.

وأما القسم الثالث: وهو المتشابه في حال والمحكم في حال: فضربان:

أحدهما: العموم إذا خص.

والثاني: المجمل إذا فسر، هما قبل البيان من المتشابه، وبعد البيان من المحكم.

وأما القسم الرابع: وهو المحكم من وجه والمتشابه من وجه: فضربان:

أحدهما: أن يكون المتشابه في الموجب، والمحكم في الواجب، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الأنعام: ١٥١، الإسراء: ٣٣] فالحق هو السبب الموجب وهو من المتشابه وإباحة القتل هو الواجب وهو من المحكم.

والضرب الثاني: أن يكون المحكم في الموجب والمتشابه في الواجب كقوله تعالى: ﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١]. والسبب الموجب هو استحصاد الزرع وهو من المحكم والحق المؤدي هو الواجب وهو من المتشابه.

فهذان الضربان ونظائرهما هو المحكم من وجه والمتشابه من وجه ثم على هذا الأصل تعتبر جميع النصوص.

فصل: [القسم السادس الناسخ والمنسوخ]

وأما القسم السادس وهو الناسخ والمنسوخ.

فالنسخ هو رفع ما ثبت حكمه في الشرع دون العقل، لأن واجبات العقول لا يجوز نسخها بشرع ولا عقل.

فالنسخ مختص بالأحكام المشتملة على الأوامر والنواهي دون الأخبار، لأن نسخ الخبر مفضٍ إلى دخول الكذب في ناسخه أو منسوخه، ونسخ الحكم إنما هو العلم بانقضاء مدته.

وهو مأخوذ في اللغة من قولهم نسخ المطر الأثر إذا أزاله ونسخت الشمس الظل إذا زال بها فسمي في الشرع نسخاً لزوال الحكم به كما سمي به نسخ الكتاب لإزالة الأصل بإثبات فرعه.

وليس يمتنع في العقل ولا في الشرع نسخ الأحكام الشرعية لأنها معتبرة بالمصالح.

وقد تختلف المصالح باختلاف الزمان فيكون المنسوخ مصلحة في الزمان الأول دون الثاني، ويكون الناسخ مصلحة في الزمان الثاني دون الأول، فيكون كل واحد منهما مصلحة في زمانه وحسناً في وقته وإن تضادّا.

ولا يكون بداء ورجوعاً فيستقبح كما زعم قوم لأن النداء هو الرجوع فيما تقدم من أمر ونهي، والنسخ هو أمر بالشيء في وقت والنهي في غيره فافترقا.

فإذا تقرر ما ذكرناه من اختصاص النسخ بالأحكام الشرعية دون العقلية في الأوامر والنواهي دون الأخبار، فالنسخ جائز في الكتاب والسنة؛ لأن كل واحد منهما أصل لأحكام الشرع فإذا جاءت في الكتاب الذي هو أصل السنّة كان في السنّة أجوز.

وإذا كان كذلك فالناسخ والمنسوخ في الكتاب والسنة يشتمل على تفصيل بيانه على سبعة أقسام:

أحدها: ما يقع فيه النسخ.

والثاني: ما يقع به النسخ.

والثالث: في أحكام النسخ.

والرابع: في أحوال النسخ.

والخامس: في زمان النسخ.

والسادس: في دلائل النسخ.

والسابع: في الفرق بين التخصيص والنسخ.

[القول فيما يقع فيه النسخ]:

فأما القسم الأول فيما يقع فيه النسخ: فقد ذكرنا أنها الأوامر والنواهي الشرعية وهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون مطلقة فيجوز نسخها، وإن وردت بلفظ الخبر.

وتوهم بعض أصحابنا فمنع من نسخها إذا وردت بلفظ الخبر اعتباراً بالأخبار في الامتناع من دخول النسخ فيها.

فهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: اختصاص الأخبار بالأعلام واختصاص الأوامر بالإلزام.

والثاني: اختصاص الأخبار بالماضي والأوامر بالمستقبل ولما تعلق بما ورد من

الأوامر بلفظ الأخبار أحكام الأوامر دون الأخبار، ومن هذين الوجهين، كذلك في حكم النسخ.

والضرب الثاني: أن يرد الأمر مؤكداً بالتأييد ففي جواز نسخه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لا يجوز نسخه؛ لأن صريح التأييد مانع من احتمال النسخ.

والوجه الثاني: وكأنه أشبه أن نسخه جائز، لأن المطلق يقتضي التأييد كالمؤكد، لأنه لما جاز القطاع المؤبد بالاستثناء مثل قوله تعالى **﴿وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلاَّ الَّذِيْنَ تَابُوا﴾** [النور: ٤] جاز انقطاعه بالنسخ كالمطلق.

والضرب الثالث: أن يكون الأمر مقدراً بمدة فيكون انقضاء المدة موجباً لارتفاع الأمر فيصير نسخاً بغير نسخ.

فإن أريد نسخه قبل انقضاء مدته كان في جوازه وجهان: كالمؤبد.

[القول فيما يقع به النسخ]:

وأما القسم الثاني: فيما يقع به النسخ: وهو أن يكون بمثل المنسوخ فينسخ الكتاب بالكتاب والسنة بالسنة.

قال الله تعالى: **﴿مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنْسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلِهَا﴾** [البقرة: ١٠٦].

وفي المراد بنسخها وجهان:

أحدهما: تبديلها قاله ابن عباس.

والثاني: قبضها قاله السدي.

وفي قوله «أو ننسأها» وجهان:

أحدهما: نتركها فلا تنسخ قاله ابن عباس.

والثاني: نؤخرها ومنه بيع النساء.

وفي هذا التأخير وجهان:

أحدهما: نؤخر نسخها.

والثاني: نؤخر نزولها.

وفي قوله **﴿نأت بخير منها أو مثلها﴾** وجهان:

أحدهما: بخير منها في المنفعة إما بالتخفيف وإما بكثرة الثواب قاله ابن عباس.

والثاني: أنه على التقديم والتأخير، ومعناه: نأت منها بخير قاله أبو عبيد.

فإذا كان كذلك لم يجز نسخ القرآن بالسنة كما صرح به الشافعي ووافقه عليه أصحابه.

وإنما اختلفوا هل منع منه العقل أو الشرع؟ على وجهين:

أحدهما: منع منه العقل، لأنه يمنع من اعتراض المأمور على الآمر.

والوجه الثاني: بل منع منه الشرع دون العقل، لأن التفويض إلى المأمور لا يمنع من مشاركة الآمر.

وجوّز أبو حنيفة نسخ القرآن بالسنة المستفيضة كما نسخت آية الوصايا بقوله ﷺ: «لا وصية لوارث».

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وإِذَا بَدَّلْنَا آيَةً مَكَانَ آيَةٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا يُنَزِّلُ﴾ [النحل: ١٠١] وقوله: ﴿قُلْ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أُبَدِّلَهُ مِنْ تِلْقَاءِ نَفْسِي إِنْ اتبعُ إِلَّا مَا يُوحَى إِلَيَّ﴾ [يونس: ١٥].

وروى سفيان بن عيينة عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «كلامي لا ينسخ كلام الله وكلام الله ينسخ كلامي، وكلام الله ينسخ بعضه بعضاً» وهذا نص رواه الدارقطني.

والذي نسخ آية الوصايا هو آية المواريث فكانت السنة بياناً.

وأما نسخ السنة بالقرآن فالظاهر من مذهب الشافعي وما نص عليه في كتاب الرسالة القديم والجديد أنه لا يجوز نسخ السنة بالقرآن كما لا يجوز نسخ القرآن بالسنة.

وقال أبو العباس بن سريج: يجوز نسخ السنة بالقرآن وإن لم يجز نسخ القرآن بالسنة لأن القرآن أوكد من السنة وخرّجه قولاً ثانياً للشافعي من كلام تأوله في الرسالة واستشهاده بأن الأمر أنفذ حكماً من المأمور واستدلالاً بأن الله تعالى نسخ على رسوله ﷺ ما عقده مع قريش في الحديبية على رد من أسلم منهم لما جاءت أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط مسلمة وطلبها أخواها منعه الله من ردها ونسخ عليه حكمه بقوله ﴿إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] الآية إلى قوله ﴿فَلَا تُرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾..

فدل هذا على جواز نسخ السنة بالقرآن.

فاختلف أصحابنا في طريق الجواز والمنع في الشرع مع جوازه في العقل على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا توجد سنة إلّا ولها في كتاب الله تعالى أصل كانت السنة فيه بياناً

لمجمله، فإذا ورد الكتاب بنسخها كان نسخاً لما في الكتاب من أصلها فصار ذلك نسخ الكتاب بالكتاب.

والوجه الثاني: أن الله تعالى يوحي إلى رسوله بما يخفيه عن أمته، فإذا أراد نسخ ما سنه الرسول ﷺ أعلمه به حتى يظهر نسخه ثم يرد الكتاب بنسخِهِ تأكيداً لنسخ رسوله فصار ذلك نسخ السنة بالسنة.

والوجه الثالث: أن نسخ السنة بالكتاب يكون أمراً من الله تعالى لرسوله بالنسخ فيكون الله تعالى هو الآمر به والرسول هو الناسخ له فصار ذلك نسخ السنة بالكتاب والسنة والله أعلم.

[القول في أحكام النسخ]

فأما القسم الثالث في أحكام النسخ: فهو على خمسة أضرب.

أحدها: ما نسخ حكمه وبقيت تلاوته والناسخ باقي الحكم والتلاوة، كنسخ العدة حولاً بأربعة أشهر وعشر وكنسخ آية الوصايا بآية المواريث.

والضرب الثاني: ما نسخ حكمه وتلاوته والناسخ باقي الحكم كنسخ صيام الأيام البيض بصيام شهر رمضان ونسخ استقبال بيت المقدس باستقبال الكعبة كما قال ابن عباس: «أول ما نسخ باب الصيام الأول واستقبال بيت المقدس».

والضرب الثالث: ما نسخ حكمه وبقيت تلاوته ونسخت تلاوة الناسخ وبقي حكمه: كقوله في حد الزنا ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي البُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ المَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٥] نسخه قوله ﴿الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ إِذَا زَنَيَا فَارْجُمُوهُمَا الْبَتَّةَ نَكَالاً مِنَ اللَّهِ﴾ قال عمر: كنا نقرؤها على عهد رسول الله ﷺ ولولا أن يقال: زاد عمر في المصحف لأثبتها فيه فكان المنسوخ مرفوع الحكم باقي التلاوة والناسخ مرفوع التلاوة باقي الحكم.

فإن قيل فكيف يجوز أن يكون المنسوخ ناسخاً؟ ففيه جوابان:

أحدهما: أن النسخ إنما كان للحكم دون التلاوة والحكم باق وأن نسخت التلاوة.

والثاني: يجوز أن يكون النسخ به قبل نسخ تلاوته.

والضرب الرابع: ما نسخ حكمه وتلاوته ولا يعلم الذي نسخه كالمروي أنه كان في القرآن «لو أن لابن آدم وادياً من ذهب لابتغى إليه ثانياً ولو كان له ثانٍ لابتغى إليه ثالثاً ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب ويتوب الله على من تاب» وكالذي رواه أنس بن مالك أنهم كانوا يقرأون «بلغوا إخواننا أننا قد لقينا ربنا فرضي عنا وأرضانا» ومثل هذا

يكون رافعاً له في المعنى ولا يكون نسخاً في الحكم كالذي روي أن رجلاً قام في الليل ليقرأ سورة فلم يقدر عليها وقام آخر ليقرأها فلم يقدر عليها فسأل رسول الله ﷺ عنها فقال «رفعت البارحة»[1].

[القول في أحوال النسخ]:

وأما القسم الرابع في أحوال النسخ: فهو على خمسة أضرب:

أحدها: ما نسخ إلى مثله في الخفة والتغليظ كنسخ استقبال بيت المقدس باستقبال الكعبة.

والضرب الثاني: ما نسخ إلى ما هو أغلظ منه كنسخ صيام الأيام البيض بصيام شهر رمضان وكنسخ الحبس في الزنا بالرجم.

والضرب الثالث: ما نسخ إلى ما هو أخف منه كنسخ العدة حولاً بأربعة أشهر وعشرٍ وكنسخ مصابرة الواحد لعشرة في الجهاد بمصابرته لاثنين.

والضرب الرابع: ما نسخ إلى غير بدل كنسخ قيام الليل في قوله ﴿قُمِ اللَّيلَ إلاَّ قَلِيلاً﴾ [المزمل: ٢] بقوله ﴿وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ﴾ [الإسراء: ٧٩] فنسخ فرضه بغير بدل.

والضرب الخامس: ما نسخ التخيير فيه بين شيئين بإسقاط أحدهما وانحتام الآخر كقوله ﴿وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين﴾ [البقرة: ١٨٤] فكان مخيّراً في شهر رمضان بين صيامه وبين أن يتصدق عن كل يوم بِمُدّ فنسخ التخيير بانحتام الصيام بقوله: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥].

[القول في زمان النسخ]

وأما القسم الخامس في زمان النسخ: فهو على ثلاثة أضرب: يجوز النسخ في أحدها ولا يجوز في الآخر وعلى خلاف في الثالث.

فالضرب الأول: الذي يجوز النسخ فيه وهو بعد اعتقاد المنسوخ والعمل به فيرد النسخ بعد العمل بالمنسوخ فهذا جائز سواء عمل به جميع الناس كاستقبال بيت المقدس أو عمل به بعضهم كفرض الصدقة في مناجاة الرسول نسخت بعد أن عمل بها علي بن أبي طالب وحده[2].

والضرب الثاني: الذي لا يجوز النسخ فيه فهو قبل اعتقاد المنسوخ والعلم به فلا

---

(١) انظر الدر المنثور للسيوطي ١/ ١٠٥.

(٢) انظر الطبري في التفسير ٢٨/ ٢٠ والدر المنثور ٦/ ١٨٥.

يجوز أن يرد النسخ قبل العلم بالمنسوخ لأن من شرط النسخ أن يكون بعد استقرار الفرض ليخرج عن البداء إلى الإعلام بالمدة.

فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ في ليلة المعراج أن الله تعالى فرض على أمته خمسين صلاة فلم يزل يراجع ربه فيها ويستنزله حتى استقر الفرض على خمس فدل على جواز النسخ قبل العلم بالمنسوخ.

قيل: هذا إن ثبت فهو على وجه التقرير دون النسخ؛ لأن الفرض يستقر بنفوذ الأمر ولم يكن من الله تعالى فيه أمر إلا عند استقرار الخمس.

والضرب الثالث: المختلف فيه فهو ورود النسخ بعد اعتقاد المنسوخ وقبل العمل به.

وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز نسخه بعد اعتقاده وقبل العمل به كما لا يجوز نسخه قبل الاعتقاد لما ذكرنا من التعليل ليخرج من البداء إلى النسخ.

والوجه الثاني: يجوز نسخه بعد الاعتقاد وقبل العمل، كما يجوز نسخه بعد العمل، لأن الاعتقاد من أعمال القلب، فكان كالنسخ بعد العمل، ويكون مراد الله تعالى به الاعتقاد دون العمل اختباراً لطاعتهم، كما أمر الله تعالى إبراهيم بذبح ابنه ثم نهاه عنه قبل ذبحه فقال: ﴿فَلَمَّا أَسْلَمَا وَتَلَّهُ لِلْجَبِينِ وَنَادَيْنَاهُ أَنْ يَا إِبْرَاهِيمَ قَدْ صَدَّقْتَ الرُّؤْيَا إِنَّا كَذَٰلِكَ نَجْزِي الْمُحْسِنِينَ﴾ [الصافات: ١٠٢] فاختبر بذلك طاعته ونهاه بعد الاعتقاد وقبل الفعل.

والوجه الثالث: أنه لا يجوز النسخ إلا أن يمضي بعد الاعتقاد زمان يمكن العمل به وإن لم يعمل به لاختصاص النسخ بتقدير مدة التكليف وذلك موجود بمضي زمانه.
فإذا استقر النسخ بما بيناه لزم فرضه في الحال لكل من علم به من الحاضرين. وأما فرضه على الغائبين عنه ففيه وجهان:

أحدهما: يجب فرضه عليهم في الحال كالحاضرين وإن لم يعلموا به إلا بعد حين؛ لأن الله تعالى قد عمهم بفرضه ولم يخص به حاضرا من غائب.

والوجه الثاني: وهو أشبه ـ أن فرضه يجب عليهم بعد علمهم به وإن تقدم فرضه على غيرهم عن علم كما يلزم الحاضرين فرضه بعد إبلاغ الرسول وإن تقدم فرضه على الرسول ولذلك استدار أهل قباء في صلاتهم إلى بيت المقدس وتحولوا إلى الكعبة فبنوا على ما تقدم قبل علمهم وقال ابن عمر: كنّا نخابر أربعين سنة. لا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خُديج أن رسول الله ﷺ نهى عنها فانتهينا ولم يتراجعوا فيما تقدم.

[القول في دلائل النسخ]:

وأما القسم السادس في دلائل النسخ: وهو أن يرد في الشيء الواحد حكمان مختلفان: فهما ضربان:

أحدهما: أن يمكن استعمالهما ولا يتنافى اجتماعهما، فهو ضربان:

أحدهما: أن يكون أحدهما أعم من الآخر لعموم أحدهما وخصوص الآخر، فيقضي بالأخص على الأعم فيستثنى منه كقوله تعالى ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] وقال فيمن أباح نكاحهن: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] فقضى بهذه على تلك فصار كقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات إلا الكتابيات فكان عموماً مخصوصاً ولم يكن ناسخاً ولا منسوخاً.

والضرب الثاني: أن يتساوى الاثنان في جواز تخصيص كل واحدة منهما بالأخرى كقوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾ [النساء: ٢٣] وقوله ﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] فجاز أن يكون تحريم الجمع بين الأختين إلا بملك اليمين وجاز أن يكون أباحه بملك اليمين إلا الجمع بين الأختين فتكافأ في الجواز بخلاف الضرب المتقدم فوجب الرجوع إلى دليل يوجب تخصيص إحداهما بالأخرى ولذلك قال عثمان في الجمع بين الأختين: أحلتهما آية وحرمتهما أخرى والتحريم أولى، فهذا فيما أمكن استعمال الحكمين المختلفين فيه. وأنه يحمل على التخصيص دون النسخ إلا أن يقوم دليل على النسخ، فيعدل بالدليل عن استعمال التخصيص إلى النسخ كآية الوصايا وآية المواريث، قد كان يمكن استعمالهما من غير نسخ لكن روي عن الصحابة أنهم قالوا نسخت آية المواريث آية الوصايا فعدل عن استعمال التخصيص إلى النسخ.

والضرب الثاني: أن يتنافى الحكمان ولا يمكن استعمالهما فيعلم مع التنافي أن أحدهما ناسخ للآخر فيرجع إلى دلائل النسخ فيستدل بها على الناسخ والمنسوخ.

وهي خمس دلائل مترتبة يتقدم بعضها على بعض.

فأولها: أن يتقدم أحدهما ويتأخر الآخر فيعلم أن المتأخر ناسخ للمتقدم، فإن قيل فقوله تعالى في العدة: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] ناسخ لقوله ﴿مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: ٢٤٠] وهو غير متقدم عليه.

قيل هو متقدم عليه في التلاوة ومتأخر عنه في التنزيل وقد عدل بترتيب التلاوة عن ترتيب التنزيل بحسب ما أمر الله تعالى به للمصلحة التي استأثر الله تعالى بعلمها

فقد قيل: إن آخر آية نزلت في القرآن قوله تعالى ﴿وَاتَّقُوا يَوْماً تُرْجَعُونَ فيه إلى اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٨١] وهي متقدمة في سورة البقرة. وأول ما نزل من القرآن سورة ﴿اقرأ باسم ربك الذي خلق﴾ وهي متأخرة في المفصّل. والنسخ إنما يتأخر ويختص بالمتأخر في التنزيل دون التلاوة.

وإن أشكل المتقدم والمتأخر وجاز أن يكون كل واحد متقدماً أو متأخراً عدل إلى الدليل الثاني: وهو بيان الرسول: فإن ثبت عنه بيان الناسخ من المنسوخ عمل عليه وكانت السنة مبيّنة له ولم تكن ناسخة.

وإن عدم بيان الرسول ﷺ عدل إلى الدليل الثالث وهو الإجماع فإن انعقد الإجماع على تعيين الناسخ والمنسوخ عمل عليه وكان الإجماع مبيناً ولم يكن ناسخاً.

وإن عدم الإجماع عدل إلى الدليل الرابع وهو الاستعمال فإن كان أحدهما مستعملاً والآخر متروكاً كان المستعمل ناسخاً والمتروك منسوخاً.

فإن لم يوجد في الاستعمال بيان إما لاشتباهه أو لاشتراكه عدل إلى الدليل الخامس: وهو الترجيح بشواهد الأصول وتطلب الأدلة وكانت غاية العمل به.

وسمعت أنّ [(١)] بعض أهل العلم يقول إن كل آية منسوخة ففي ضمن تلاوتها ما يدل على أن حكمها ليس بثابت على الإطلاق، مثل قوله في سورة النساء في حد الزنا: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٥] دل قوله: ﴿أو يجعل الله لهن سبيلاً﴾، أن حكمها لا يدوم فنسخها آية النور في قوله: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] ولذلك قال النبي ﷺ «خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم» وهذا الذي ادعاه هذا القائل يبعد أن يوجد في كل آية منسوخة، لكنه معتقد لمذهب أبي حنيفة في أن الزيادة على النص تكون نسخاً فيجعل ذلك في شواهد المنسوخ، وليست الزيادة عندنا على النص نسخاً.

[القول في الفرق بين التخصيص والنسخ]

وأما القسم السابع في الفرق بين التخصيص والنسخ: فالفرق بينهما من خمسة أوجه:

أحدها: أن تخصيص العموم يجوز أن يكون مقترناً به ومتقدماً عليه ومتأخراً عنه ولا يجوز أن يكون الناسخ متقدماً على المنسوخ ولا مقترناً به، ويجب أن يكون متأخراً عنه.

والفرق الثاني: أن التخصيص بيان ما أريد بالعموم، والنسخ بيان ما لم يرد بالمنسوخ.

---

(١) سقط في أ.

والفرق الثالث: أن تخصيص العموم يجوز أن يكون بغير جنسه فيخص عموم الكتاب بالسنة والقياس، ولا يجوز في النسخ إلا أن يكون الناسخ من جنس المنسوخ فينسخ الكتاب بالكتاب والسنة بالسنة.

والفرق الرابع: أن تخصيص العموم يجوز أن يكون في الأحكام والأخبار والنسخ مختص بالأحكام دون الأخبار.

والفرق الخامس: أن تخصيص العموم يكون على الفور والنسخ يكون على التراخي فهذا بيان الأقسام السبعة من أحكام الأصل الأول وهو الكتاب.

فصل: [المصدر الثاني ـ السنة]

وأما الأصل الثاني من أصول الشرع فهو سنة رسول الله ﷺ.

لأن الله تعالى ختم برسوله النبوة، وكمل به الشريعة، وجعل الله تعالى بيان ما أخفاه من مجمل أو متشابه، وإظهار ما يشرعه من أحكام ومصالح فقال تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤].

[القول في حجية السنة]

ولمّا جعله بهذه المنزلة أوجب على الناس طاعته في قبول ما شرعه لهم وامتثال ما يأمرهم به وينهاهم عنه فقال تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧].

وأوجب عليه لأمته أمرين:

أحدهما: البيان.

والثاني: البلاغ قال الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ﴾ [المائدة: ٦٧].

وأوجب للرسول ﷺ على أمته أمرين:

أحدهما: طاعته في قبول قوله.

والثاني: أن يبلغوا عنه ما أخبرهم به كما قال ﷺ: «ليبلّغ الشاهد منكم الغائب» وقال ﷺ: «بلغوا عني ولا تكذبوا علي فرب مبلغ أوعى من سامع ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه».

ولما كان الرسول لا يقدر أن يبلغ جميع الناس للعجز عنه اقتصر على إبلاغ من حضر لينقله الحاضر إلى الغائب.

ولما لم يبق فيهم إلى الأبد فكل من يأتي في عصر بعد عصر يأخذون عمن

تقدمهم من عصر وينقلون إلى من بعدهم من عصر لينقل عنه كل سلف إلى خلفه فيستديم على الأبد نقل سنَّته ويعلم جميع ما يأتي لشرائعه.

فصار نقل الأخبار عنه واجباً على أهل كل عصر وقبولها واجباً في كل عصر.

فلذلك صارت الأخبار عنه، أصلاً من أصول الشرع.

[القول في بيان الأخبار]

وإذا كان كذلك فالأخبار على ثلاثة أضرب: أخبار استفاضة، وأخبار تواتر، وأخبار آحاد.

[الخبر المستفيض]

فأما أخبار الاستفاضة: فهو أن تبدو منتشرة من البر والفاجر ويتحققها العالم والجاهل فلا يختلف فيها مخبر ولا يتشكك فيها سامع ويكون انتشارها في ابتدائها كانتشارها في ابتدائها كانتشارها في آخرها وهذا أقوى الأخبار حالاً وأثبتها حكماً.

أخبار التواتر

وأما أخبار التواتر: فهو ما ابتدأ به الواحد بعد الواحد حتى يكثر عددهم ويبلغوا قدراً ينتفي عن مثله التواطؤ والغلط ولا يعترض في خبرهم تشكك ولا ارتياب فيكون في أوله من أخبار الآحاد وفي آخره من أخبار التواتر فيصير مخالفاً لخبر الاستفاضة في أوله موافقاً له في آخره.

[الفرق بين الاستفاضة والتواتر]

ويكون الفرق بين خبر الاستفاضة وخبر التواتر من ثلاثة أوجه:

أحدها: ما ذكرناه من اختلافهما في الابتداء واتفاقهما في الانتهاء.

والثاني: أن أخبار الاستفاضة لا يراعى فيها عدالة المخبر.

والثالث: أن أخبار الاستفاضة تنتشر من غير قصد لروايتها، وأخبار التواتر ما انتشرت عن قصد لروايتها.

ثم يستوي الخبران في انتفاء التشكك عنهما ووقوع العلم بهما وليس العدد فيهما محصوراً لتكون أنفى للارتياب وأمنع من التصنع، وإنما الشرط فيهما أن ينتفي عن المخبرين بهما لجواز التواطؤ على الكذب ويمتنع اتفاقهم في السهو والغلط حتى يزول الشك ويحصل اليقين، ثم تنتهي إلى عصر بعد عصر على مثل هذه الحال والمستفيض من أخبار السنّة مثل أعداد الركعات والمتواتر منها مثل نصب الزكوات.

فإن قيل فقد استفاض في النصارى قتل المسيح وقد أخبر الله بكذبهم، قيل إنما استفاض خبر قتله عن أربعة ذكروا أنهم شاهدوا قتله، قيل: إنهم متّى ولوقاً وماريقس

ويوحنا وهم عدد يجوز على مثلهم التواطؤ والغلط ثم استفاض عنهم الخبر فصار أصله من أخبار الآحاد وانتشاره من أخبار الاستفاضة.

[القول في أخبار الآحاد]

وأما أخبار الآحاد فهو ما أخبر الواحد والعدد القليل الذي يجوز على مثلهم التواطؤ على الكذب، أو الاتفاق في السهو، والغلط، وهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: أخبار المعاملات.

والثاني: أخبار الشهادات.

والثالث: أخبار السنن والديانات.

فأما أخبار المعاملات: فلا تراعى فيها عدالة المخبر وإنما يراعى فيها سكون النفس إلى خبره فتقبل من كل بر وفاجر ومسلم وكافر وصغير وبالغ، فإذا قال الواحد منهم هذه هدية فلان إليك جاز أن تعمل على قوله، وفي الدخول لأنه في العرف مقبول وإنما لم تعتبر في هذا الخبر عدالة المخبر لأن العرف جاز باستنابة أهل البذلة فيه، ومن خرج عن حد الصيانة وذلك مناف لشروط العدالة فلذلك سقط اعتبارها فيهم وهذا متفق عليه.

وأما أخبار الشهادات فيعتبر فيها شرطان ورد الشرع بهما وانعقد الإجماع عليهما:

أحدهما: العدالة؛ لأن المنتدب لها أهل الصيانة فوجب أن تعتبر فيهم العدالة ليكونوا من أهل الصدق والصيانة.

والثاني: العدد بحسب ما ورد به الشرع: وأكثره أربعة في الزنا وأقله اثنان في الأموال فصارت الشهادة من هذين الوجهين أغلظ من أخبار المعاملات، وإن كانا جميعاً من أخبار الآحاد.

وأما أخبار السنن والعبادات فمختلف في قبول الآحاد فيها.

فمنع منها قوم كالأصم وابن علية وعدلوا عنها إلى غيره من أدلة الشرع، لأنها لا توجب العلم فلم توجب العمل، ووفقها آخرون على ما يعضدها من الاتفاق على العمل بها.

وذهب جمهور الفقهاء إلى قبولها ووجوب العمل بها على ما نذكره في الشروط المُعتبرة فيها، لقول الله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ﴾ [التوبة: ١٢٣] الآية؛ فلو لم تلزم الحجة بالآحاد النافرة لأمر فيه بالتواتر والاستفاضة ولأن رسول الله ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فنقل إليهم السنن وعلمهم العبادات ونصب الزكوات

وأوضح لهم الأحكام فالتزموها بخبره ورسول الله ﷺ في عصره ما عدلوا إليه فيها ولا طلبوا مع معاذ زيادة عليه، ولأنه لما سقط عن رسول الله ﷺ فرض الإبلاغ بذكر الآحاد لزم فيها قبول أخبار الآحاد، ولو لزم فيها العدد المتواتر لأداها إلى العدد المتواتر، ولأنه لما جاز للمستفتي أن يعمل على فتيا المفتي جاز للمستخبر أن يعمل على رواية المخبر؛ لأنهما في أحكام الدين على سواء.

[وجوب العمل بخبر الواحد]

فإذا ثبت أن أخبار الآحاد حجة توجب العمل بها فقد اختلف القائلون بها.

فذهب بعض أهل العراق إلى أنها لا تقبل إلا من اثنين على اثنين حتى تتصل بالرسول كأقل الشهادات.

وذهب آخرون إلى أنها لا تقبل إلا من أربعة عن أربعة كأكثر الشهادات.

وذهب الشافعي، وجمهور الفقهاء إلى أن العدد فيها غير معتبر، وأن خبر الواحد والجماعة في وجوب العمل بها واحد، وقد عمل أبو بكر على خبر الواحد في ميراث الجدة وأخذ الجزية من المجوس، وعمل على خبر الواحد في دية الجنين[1] فلم ينكر عليهما أحد مع انتشاره واشتهاره ولأن ما يجوز في الواحد من الاحتمال يجوز في الاثنين والأربعة، وليس اعتبار أخبار السنن بالشهادة بأولى من اعتبارها بأخبار المعاملة، لأنها واسطة بينهما فاعتبر فيها العدالة كالشهادة، وقبل فيها خبر الواحد كالمعاملة.

[القول في خبر الواحد إذا عارضه أصل]

وإذا ثبت قبولها من الواحد والجماعة وجب العمل بما تضمنها ما لم يمنع منه العقل.

وامتنع أبو حنيفة من العمل بها إذا خالفت الأصول ولذلك لم يعمل بخبر المصراة.

ومنع مالك من العمل بها، إذا خالفت عمل أهل المدينة، ولذلك لم يعمل على خيار المجلس في البيع وهو الراوي له.

وكلا القولين فاسد؛ لأن الخبر أصل فلم يجز أن يدفع بأصل، وهو حجة على أهل المدينة، فلم يجز أن يدفع بعمل أهل المدينة.

وإذا كان كذلك فهو وإن أوجب العمل فغير موجب للعلم الباطن بخلاف المستفيض والمتواتر.

---

(١) أخرجه ابن حبان وذكره الهيثمي في الموارد (١٥٢٥) وأبو داود.

واختلف أصحابنا هل يوجب العلم الظاهر؟ على وجهين:

أحدهما: لا يوجبه لأن ظاهر العلم من نتائج باطنه فلم يفترقا.

والوجه الثاني: يوجبه لأن سكون النفس إليه موجب له ولولاه لكان ظناً.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه فالكلام في السنن يشتمل على فصلين:

أحدهما: في أحوال الرواة الناقلين لها.

والثاني: المتون المعمول عليها.

[القول في أحوال الرواة]

فأما الفصل الأول في الرواة فيشتمل الكلام فيه على خمسة فصول:

أحدها: في صفات الراوي.

والثاني: في شروط التحمل.

والثالث: في صفة الأداء.

والرابع: في أحوال الإسناد.

والخامس: في نقل السماع.

[القول في صفات الراوي]

فأما الفصل الأول: في صفات الراوي: فيعتبر فيه أربعة شروط:

أحدها: البلوغ: فإن الصغير لا يقبل قوله في الدين في خبر ولا فتيا، لأنه لما لم يجر على قوله حكم في حق نفسه فأولى أن لا يجري عليه حكم في حق غيره.

والشرط الثاني: العقل الموقظ: ولا يقتصر على العقل الذي يتعلق به التكليف حتى ينضم إليه التيقظ والتحفظ فيفرق بين الصحيح والفاسد ليصح تمييزه.

والشرط الثالث: العدالة في الدين لأن الفاسق مردود القول فيه لقوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦] ولأن النفس لا تثق بخبره كما لا تثق بشهادته.

ولا يُرَدُّ خبر أهل الأهواء والبدع ما لم يكفروا غيرهم ويظهروا عنادهم. قد اتهم بذلك كثير من التابعين فما ردت أخبارهم، وشدد بعض أصحاب الحديث فمنع من قبول خبر من لا يوافقه على مذهبه وهذا مفضٍ إلى إطراح أكثر السنن.

والشرط الرابع: أن يكون مأمون الزلل شديد اليقظة بعيداً من السهو والغفلة حتى لا يشتبه عليه الكذب بالصدق.

ويكون على ثقة به فقد حكي عن مالك: أنه قال: لقد سمعت من سبعين شيخاً أتقرب إلى الله بأدعيتهم لا أروي عن أحد منهم حديثاً، وإنما قال هذا لأنهم كانوا أهل سلامة لا تؤمن غفلتهم وإن قويت ديانتهم.

ولا فرق بين العالم والجاهل إذا كان ضابطاً قد قيل المصدر الأول روايات الأعراب وأهل البوادي، وقال النبي ﷺ «رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه»[1].

وهذه الشروط الأربعة تعتبر في الشهادة كاعتبارها في الخبر.

[القول في خبر الأعمى والعبد]

ويقبل خبر الأعمى وإن لم تقبل شهادته، ويقبل خبر العبد وإن لم تقبل شهادته.

لأن الخبر لاختصاصه بالدين تعتبر فيه شروط المفتي ولا تعتبر فيه شروط الشاهد وفتيا الأعمى والعبد مقبولة كذلك خبرهما.

[القول في أخبار النساء]:

وتقبل أخبار النساء.

وامتنع أبو حنيفة من قبول أخبار النساء في الدين إلا أخبار عائشة وأم سلمة.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: لو كان نقص الأنوثة مانعاً لعم.

والثاني: أن قبول قولهن في الفتيا يوجب قبوله في الأخبار لأن الفتيا أغلظ شروطاً.

فصل: [القول في شروط التحمل]

وأما الفصل الثاني في شروط التحمل: فللمستمع أربعة أحوال:

أحدها: أن يسمع من لفظ المحدث.

والثاني: أن يقرأه على المحدث.

والثالث: أن يجيزه المحدث.

والرابع: أن يكاتبه به المحدث.

فأما الحالة الأولى في سماعه من لفظ المحدث فيصح تحمله عنه سواء كان عن قصد واسترعاء أو كان باتفاق ومذاكرة بخلاف الشهادة.

---

(١) أخرجه أحمد ٣/ ٢٢٥، ٤/ ٨٠، ٨٢ والطبراني في الكبير ١٧/ ٤٩ وابن أبي عاصم ١/ ٤٥ والحميدي ٨٨ والشافعي (٢٤٠) وابن عبد البر في الجامع ١/ ٤٢ والدارمي ١/ ٧٥ وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٧٢).

ويجوز أن يكون المحدث أعمى أو أصم ولا يصح السماع إن كان المتحمل أصم ويصح إن كان أعمى.

وأما الحالة الثانية في قراءة المستمع على المحدث فيصح تحمله كما لو قرأه المحدث وهكذا لو قرأه غير المستمع على المحدث كان كما لو قرأه المستمع.

ومن شرط صحة السماع في هذا شيئان:

أحدهما: أن يكون المحدث سميعاً وإن كان أصم لم يصح.

والثاني: أن يعترف المحدث بصحة ما قرأه عليه.

وأما الحالة الثالثة: الإجازة فلا يصح التحمل بالإجازة.

وأجازه بعض أصحاب الحديث في جميع الأحوال، واعتبر بعضهم في صحة الإجازة أن يسلم المحدث الكتاب من يده عند إجازته فيصح التحمل إذا قال قد أجزتك ما في هذا الكتاب، ولا يصح أن لم يسلم الكتاب.

وكل هذا لا يصح فيه التحمل عند الشافعي، ولو صحت الإجازة بطلت الرحلة وقد يتدلّس في الإجازة الفاسد بالصحيح. والمجهول بالمعروف.

وأما الحال الرابعة: في مكاتبة المحدث بالحديث فلا يصح فيها التحمل.

فإن قيل: فقد كتب رسول الله ﷺ إلى عماله بالسنن والأحكام كتباً عملوا عليها وأخذ الناس بها. منها كتابه إلى عمرو بن حزم في الديات، والصحيفة التي أخذها أبو بكر من قراب سيفه في نصب الزكاة، قيل: قد كانت ترد مع رسل يعوّل على خبرهم بها.

ويصح سماع غير البالغ إذا كان مميزاً قد سمع ابن أبي بكر وكان ابن سبع سنين حين مات رسول الله ﷺ وقد سمع ابن عباس قبل بلوغه فقبل الناس روايتهما بعد البلوغ.

وهكذا لو كان المستمع كافراً ثم أسلم أو فاسقاً ثم اعتدل لأن شرط صحة التحمل هو صحة التمييز وحده.

فصل: [القول في صفة الأداء]:

فأما الفصل الثالث في صفة الأداء: فيعتبر في المحدث إذا روى بعد ما قدمناه من شروط التحمل شرطان:

أحدهما: بذكر إسناده.

والثاني: التحرّي في لفظ متنه.

وله حالتان:

أحدهما: أن يحدث من حفظه فيصح السماع منه إذا وثق بحفظه.

والحال الثانية: أن يحدث من كتابه.

فإن كان أعمى لم تصح روايته من كتابه، لأن الكتب قد تشتبه عليه.

وإن كان بصيراً صح أن يروي من كتابه بشرطين:

أحدهما: أن يكون واثقاً بكتابه.

والثاني: أن يكون ذاكراً لوقت سماعه.

فإن أخل بأحدهما لم تصح روايته وإن جمعهما صحت.

ومنع أبو حنيفة أن يروي إلا من حفظه كما لا يجوز للشاهد أن يشهد إلا من حفظه.

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال «قيدوا العلم بالكتاب»[1] ولو لم يصح الرجوع إليه لكان الأمر بتقييده عيناً. وروي أن رجلاً شكا إلى رسول الله ﷺ النسيان فقال له: «حَرِّك يدك[2] - أي اكتب - حتى ترجع إذا نسيت إلى ما كتبت» وقد كتب عثمان رضي الله عنه حتى جمع القرآن عدة مصاحف وأنفذها إلى الأمصار فحفظ المسلمون منها القرآن.

[القول في الفرق بين الشهادة والحديث]:

والفرق بين الشهادة والحديث: أن الشهادة يفترق فيها حال الشاهد والمشهود عليه فتغلظت بالحفظ، كما تغلظت بالعدد، والحديث يشترك فيه المحدث والمستمع فتخفّفت بالكتاب كما تخففت في العدد.

وقد صارت الرواية في عصرنا من الكتاب أثبت عند أصحاب الحديث من الحفظ لما يرجعون إليه من شواهد الأصول في صحة السماع.

ويجوز أن يقول المحدث في روايته: «حدثنا» و «أخبرنا» وهما عند الشافعي سواء في الحكم غير أن الأولى في عرف أصحاب الحديث إن سمع من لفظ المحدث أن يقول: «حدثنا» وإن قرأه على المحدث أن يقول: «أخبرنا» وإن سمع وحده قال: «حدثني» و «أخبرني» وإن سمع مع جماعة قال: «حدثنا» و «أخبرنا» لتكون هذه الفروق تذكيراً بأحوال السماع وإن كانت في الحكم سواء.

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ١/١٠٦ وانظر المجمع ١/١٥٢ وابن عبد البر في الجامع ١/٧٣ والخطيب في التاريخ ١٠/٤٦ وانظر كنز العمال (٢٩٣٣٢).

(٢) أخرجه الترمذي (٢٢٦٦) وأخرجه ابن عدي في الكامل ١٠/٣٦ والعقيلي في الضعفاء ٣/٨٣ وانظر المجمع ١/١٥٢ والكنز(٢٩٣٠٥، ٢٩٣٣٣) وكشف الخفا ١/١٢٩.

ويجوز أن تقبل رواية المحدث فيما يعود إليه نفعه ولا يجوز في الشهادة أن يجر بها نفعاً، لاشتراك الناس في السنن والديانات وافتراقهم في الشهادات.

[القول في إنكار الراوي ونسيانه للحديث]:

وإذا أسند الراوي حديثه عن رجل فأنكر ذلك الرجل الحديث أو نسيه لم يقدح في صحة الرواية، ولا يجوز للمحدث أن يرويه عن المستمع إن أنكره، ويجوز أن يرويه عنه إن نسيه، قد روى ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» ثم نسي سهيل الحديث فأخبره به ربيعة فصار سهيل يقول أخبرني ربيعة عني أنني حدثته عن أبي، عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

[عمل الراوي بخلاف روايته]:

وإذا عمل الراوي بغير روايته لم يقدح في صحة الرواية قد روى أبو هريرة: غسل الإناء من ولوغ الكلب سبعاً وأفتى بغسله ثلاثاً فعملوا على روايته دون فتياه لجواز أن يكون قد نسي الرواية فأفتى بغيرها وروايته حجة وفتياه ليست بحجة.

[القول في تفسير الراوي للحديث]

فأما تفسير الراوي للحديث الذي رواه فإن كان من الصحابة الذين سمعوا لفظ الرسول ﷺ وشاهدوا مخرج كلامه كان الحديث محمولاً على تفسيره كما فسر ابن عمر ما رواه من افتراق المتبايعين في خيار المجلس أنه التفرق بالأبدان دون الكلام؛ فحمل على تفسيره. وإن كان هذا المحدث من دون الصحابة لم يكن تفسيره حجة؛ لأنه وغيره فيه سواء.

فصل: [القول في أحوال الإسناد]

وأما الفصل الرابع في أحوال الإسناد فصحته معتبرة بثلاثة شروط.

أحدها: أن يكون الإسناد متصلاً برسول الله ﷺ فإن كان مرسلاً أو منقطعاً لم يصح. والمرسل: أن يرويه التابعي عن رسول الله ﷺ وهو لم يشاهده ولا يرويه عن صحابي شاهده. والمنقطع أن يكون بين الراويين رجل لم يذكر.

فأما المنقطع فليس بحجة بوفاق أبي حنيفة.

وأما المرسل فهو عند أبي حنيفة حجة وربما جعله أقوى من المسند لثقة التابعي بصحته في إرساله.

وليس المرسل عند الشافعي حجة ولا يجوز العمل به إذا انفرد، حتى يسمي

راويه عن رسول الله ﷺ؛ لأنه قد يجوز أن يسمعه عن مثله من التابعين ويجوز أن يسمعه عن من لا يوثق بصحته.

وقد قال الشافعي: «مرسل سعيد بن المسيب عندنا حسن» وإنما استحسنه لما يقترن به من شواهد صحته، لأنه ما أرسل حديثاً إلا وقد وجد مسنداً عن أكابر الصحابة.

وأما روايات الصحابة فلا مرسل فيها؛ لأنه إن قال سمعت رسول الله ﷺ فلا شبهة في صحته.

وإن قال: قال رسول الله ﷺ فالظاهر أنه عن سماعه منه.

وإن سمعه من غيره فليس يرويه إلا عن مثله؛ لأن صحابة الرسول ﷺ محكوم بعدالتهم وجميعهم مقبول الرواية عنه لقوله ﷺ «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم» وقد روي عن ابن عباس أنه قال: «ليس كل ما حدثتكم به سمعته من رسول الله ﷺ ولكن سمعت وحدثني به أصحابه» وأجري أهل العلم وأصحاب الحديث عليه أحكام المسند دون المرسل.

والشرط الثاني: أن تكون الرواية عن مسمى مشهور بما سمي به: حتى لا يقع التدليس في اسمه فإن لم يسمّه وقال: أخبرني الثقة أو من لا أتهم لم يكن حجة في صحة النقل، لأنه قد يثق به ويكون مجروحاً عند غيره.

فإن قيل: قد قال الشافعي في أحاديث رواها أخبرني من أثق به، وأخبرني من لا أتهم قيل قد اشتهر من عناه بهذا وأنه أراد بمن يثق به إبراهيم بن إسماعيل فصار كالتسمية له، وإن كان الأولى أن يصرح باسمه لكنه ربما أشكل عليه وقت الحديث اسم الراوي وهو واحد من عدد ثقاة فيتخرج أن يسمي من لا يقطع بصحته فعدل عنه إلى ما لا جرح فيه فقال أخبرني الثقة فلا وجه لمن أنكر ذلك عليه من أصحاب الحديث مع ظهور العذر فيه.

والشرط الثالث: أن يعرف عدالة كل واحد من الرواة حتى يتصل ذلك بالصحابة.

وليست رواية العدل عن غيره دليلاً على عدالته، قد يروي العدل عن عدل أو غير عدل، هذا الشعبي يقول في روايته: «حدثني الحارث الأعور وكان والله كذاباً».

فإن قيل أفيجوز أن يروي عن غير عدل، قيل يجوز في المشاهير ولا يجوز في المناكير.

ويجوز أن يروي المتقدم عن المتأخر، قد روى ابن سيرين عن خالد الحذاء عن أبي قلابة حديث القرعة، وسمع إبراهيم عن الأعمش حديث قيام المأموم عن يمين

الإمام.

وإن كانت عدالة الرواة شرطاً في صحة الحديث لم يخل حالهم من ثلاثة أقسام.

أحدها: أن تعلم عدالتهم فيحكم بصحة الحديث.

والثاني: أن يعلم جرحهم أو جرح أحدهم فلا يحكم بصحته.

والثالث: أن تجهل أحوالهم في الجرح والتعديل فعند أبي حنيفة أن روايتهم مقبولة ما لم يعلم الجرح، وعند الشافعي لا تقبل ما لم يعلم التعديل، فيكشف عن عدالتهم.

فإن شهد قوم بعدالتهم وشهد قوم بجرحهم حكم بالجرح دون التعديل.

ولا يقبل الجرح حتى يذكر ما صار به مجروحاً.

فإن وجدوه قد كذب في حديث واحد وجب إسقاط جميع ما تقدم من أحاديثه ووجب نقض ما عمل به منها، وإن لم ينقض الحكم بشهادة من حدث فسقه لأن الحديث حجة لازمة لجميع الناس، وفي جميع الأعصار فكان حكمه أغلظ من الشهادة الخاصة. وفي تعديل الراوي وجهان:

أحدهما: أن يجري مجرى الخبر، لأنه داخل في عموم الأخبار فعلى هذا يقبل في عدالته خبر الواحد، ويجوز أن يقبل فيه خبر المحدث.

والوجه الثاني: أنه يجري مجرى الشهادة، لأنه حكم على غائب فعلى هذا لا يقبل في تعديله أقل من شاهدين.

وفي جواز أن يكون المحدث أحدهما وجهان، كما لو عدل شهود الفرع لشهود الأصل.

فأما الجرح فلا يقبل فيه أقل من شاهدين، لأنها شهادة على باطن مغيب.

فأما الصحابة فليس يعتبر فيهم إلا صحة صحبتهم وإذا صحت الصحبة قبلت أحاديثهم إذا خرجوا عمن اشتهر بالنفاق فإن الله تعالى اختار لرسوله ﷺ من رضي عنهم ووصفهم بالرأفة والرحمة بينهم فقال تعالى ﴿**رحماء بينهم تراهم ركعا سجدا يبتغون فضلاً من الله ورضواناً**﴾ [الفتح: ٢٩].

[القول فيمن عرف من الرواة بالتدليس]

وأما من عرف من الرواة بالتدليس فصنفان:

أحدهما: من عرف بتدليس متون الأحاديث فهذا مطرح الأحاديث مجروح العدالة وهو ممن يحرف الكلم عن مواضعه فكان بالتكذيب أحق.

والصنف الثاني: من عرف منه تدليس الرواة مع صدقه في المتون فقد حكي أن شريحاً وهشيماً والأعمش كانوا مدلسين، وقيل إن التدليس في أهل الكوفة أشهر منه في أهل البصرة واتّهم سفيان بن عيينة بالتدليس في حديث رواه عن عمرو بن دينار وكان بينه وبين عمرو بن دينار في ذلك الحديث ثلاثة رجال فقيل له بعد الرواية عنه من حدثك بهذا فقال حدثني علي بن المديني عن أبي عاصم عن ابن جريج عن عمرو فأعله بعض أصحاب الحديث لأجل هذا ونسبه إلى التدليس وإن كان ثقة عدلاً.

وإذا كان كذلك لم يخل حال التدليس في أسماء الرواة من إحدى حالتين:

إحداهما: أن يكون في إبدال الأسماء بغيرها فيعدل عن اسم زيد بن خالد يسميه بعمر بن بكر لنزول من عدل عن اسمه وارتفاع من عدل إلى اسمه فهذا كذب يرد به حديثه.

والحالة الثانية: أن يكون التدليس في إطراح اسم الراوي الأقرب وإضافة الحديث إلى من هو أبعد كالذي حكى عن سفيان بن عيينة في حديثه عن عمرو بن دينار وبينهما في بعض الأحاديث رجال وإن سمع منه في أكثرها فلا يكون بهذا التدليس مجروحاً ولكن لا يقبل حديثه إذا روى عن فلان حتى يقول «حدثني» أو «أخبرني» لأن إطلاقه يحتمل التدليس فإذا قال حدثني أو أخبرني ارتفع احتمال التدليس فقبل حديثه.

وشدد بعض أصحاب الحديث حال المدلس فلم يقبل حديثه حتى يقول سمعت ولا يقبله إذا قال «حدثني» أو «أخبرني». كما لا يقبله إذا روى عن فلان.

ولو كان موثوقاً بأنه لا يدلس سمعت روايته عن فلان وإن لم يقل «حدثني» أو «أخبرني» كما تقبل من مالك عن نافع عن ابن عمر.

فصل: [القول في أحوال نقل السماع]

وأما الفصل الخامس في نقل السماع: فللراوي في نقل سماعه أربعة أحوال:

أحدها: أن يروي ما سمعه بألفاظه وعلى صيغته.

والثاني: أن يروي معناه بغير لفظه.

والثالث: أن ينقص منه.

والرابع: أن يزيد عليه.

فأما الحال الأولى في روايته للفظ الحديث على صيغته فلا يخلو مصدره من الرسول أن يكون ابتداء أو جواباً.

فإن كان ابتداء وحكاه بعد أداء الأمانة فيه كقول النبي ﷺ «مفتاح الصلاة الوضوء وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم».

وإن كان جواباً عن سؤال فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون الجواب مغنياً عن ذكر السؤال كما سئل رسول الله ﷺ عن التوضؤ بماء البحر فقال: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته» فالراوي فيه مخير بين ذكر السؤال وبين تركه، وإن كان ذكره أولى من تركه.

والضرب الثاني: أن يفتقر الجواب إلى ذكر السؤال كما سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: «أينقص إذا يبس؟» قيل: نعم. قال: «فلا إذن».

فلا يجوز أن يقتصر على رواية الجواب حتى يذكر السؤال؛ لأن قوله «فلا إذن» لا يفهم إلا بذكر السؤال.

والضرب الثالث: أن يكون إطلاق الجواب يحتمل أمرين فإذا نقل السؤال نفي أحد الاحتمالين كما سئل عن الشاة[1] تذبح فيوجد في جوفها جنين ميت أفيؤكل؟ فقال: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» لو قاله ابتداء لاحتمل أن تكون ذكاته مثل ذكاة أمه. واحتمل أن يستباح بذكاة أمه، وإذا ذكر السؤال صار الجواب محمولاً على أنه يستباح بذكاة أمه فيكون الإخلال بذكر السؤال تقصيراً في البيان يكره وإن لم يلزم.

ويستوي في هذا من هو أصل الخبر كالصحابي ومن قد تفرع عليه من التابعين ومن دونهم.

[رواية الحديث بالمعنى]

وأما الحال الثانية: أن يروي معنى الحديث بغير لفظه فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون في الأوامر والنواهي كقوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء» فيروى أن النبي ﷺ نهى عن بيع الذهب بالذهب إلا سواء بسواء وكقوله: «اقتلوا الأسودين في الصلاة» فروي أنه أمر بقتل الأسودين في الصلاة فهذا جائز، لأن (اِفْعَلْ) أمر و (لا تَفْعَلْ) نهي فاستويا في الخبر وكان الراوي فيهما مخيراً.

ويستوي في هذا التخيّر من كان أصل الخبر كالصحابة ومن صار فرعاً فيه كالتابعين ومن بعدهم.

الضرب الثاني: أن يكون في نقل كلام قاله بألفاظ ويكون الكلام محتمل الألفاظ أو خفي المعنى كقوله «لا طلاق في إغلاق».

---

(١) في أ عن الناقة.

فواجب على الراوي أن ينقله بلفظه، ولا يعبر عنه بغيره ليكون على ما تضمنه من الاحتمال والخفاء فإنه لم يذكره محتملاً ولا خفياً إلا لمصلحة وليكل استنباطه إلى العلماء.

والضرب الثالث: أن يكون المعنى جلياً غير محتمل كقوله: «الخير كثير وقليل فاعله»[1] فلا يجوز لمن يسمع كلامه من التابعين ومن بعدهم أن يورد المعنى بغير لفظه حتى ينقل اللفظ على صيغته فيورد المعنى بألفاظه.

وهل يجوز لمن شاهده من الصحابة وعرف مخرج كلامه أن يورد المعنى بغير لفظه؟ على وجهين: اختلف فيهما أصحاب الشافعي:

أحدهما: لا يجوز كما لا يجوز لغيره من التابعين.

والوجه الثاني: يجوز وإن لم يجز لغيره لأنه أعرف بفحواه من غيره.

والذي أراه أنه إن كان يحفظ اللفظ لم يجز أن يرويه بغير ألفاظه لأن في كلام الرسول ﷺ من الفصاحة ما لا يوجد في كلام غيره، وإن لم يحفظ اللفظ جاز أن يورد معناه بغير لفظه، لأن الراوي قد تحمل أمرين اللفظ والمعنى؛ فإن قدر عليهما لزمه إداؤهما وإن عجز عن اللفظ وقدر على المعنى لزمه أداؤه لئلا يكون مقصراً في نقل ما تحمل فربما تعلق بالمعنى من الأحكام ما لا يجوز أن يكتمه وقد قال تعالى ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وأما الحال الثالثة: أن ينقص من ألفاظ الخبر: فهو على ثلاثة أضرب.

أحدها: أن يصير الباقي منه مبتوراً لا يفهم معناه فلا يصح ذلك منه، وعليه أن يستوفيه ليتم فائدة الخبر.

والضرب الثاني: أن يكون الباقي مفهوماً لكن يكون ذكر المتروك يوجب اختلاف الحكم في المذكور مثل قوله لأبي بردة بن ينار. وقد ضحى قبل الصلاة وليس عنده ما يقضيه إلا جذعة من المعز فقال «تجزيك ولا تجزي أحداً بعدك» فلو روى الناقل أنه قال: تجزيك لكان مفهوماً يقتضي أن تجزي جميع الناس فلما قال: «ولا تجزي أحداً بعدك» دل على اختصاص أبي بردة بهذا الحكم. فلزم الراوي في مثل هذا الخبر أن يروي باقي قوله، ولا يقتصر على الأول وإن كان مفهوماً.

---

(١) أخرجه أبو نعيم في تاريخ أصفهان ١/ ٢٠٣ والطبراني انظر المجمع ١/ ١٢٥ وابن أبي عاصم ١/ ٢٢ وابن سعد ١/ ٢/ ٦٨ والكنز (٤٣٠٦٦) والخطيب في التاريخ ٨/ ١٧٧، وكشف الخفا ١/ ٤٧٧.

والضرب الثالث: أن يكون الباقي منه مفهوم المعنى ومستقل الحكم كقوله في البحر: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته» فيجوز أن يقتصر في الرواية على أحدهما فيروي «هو الطهور ماؤه» أو يروي «هو الحل ميتته» لأنهما حكمان فلم يلزمه الجمع بينهما في الرواية إلا أن يتعين عليه فرض الإبلاغ عند الحاجة إليه فيلزمه أداء ما تحمل كالشاهد.

وأما الحال الرابعة: وهو أن يزيد في الخبر فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون الزيادة شرحاً للحال كما نهى عن تلقي الركبان وأن يبيع حاضر لباد يزيد فيه ذكر السبب الذي دعاه إلى هذا القول؛ فيصح هذا من الصحابي لأنه قد شاهد الحال ولا يصح من التابعي، لأنه لم يشاهدها.

والضرب الثاني: أن تكون الزيادة تفسيراً لمعنى الكلام كنهيه عن المحاقلة والمزابنة فيجوز للراوي من صحابي وتابعي أن يفسر معناهما في روايته، فتصير الزيادة تفسيراً فيجوز، لكن إن فسرها الصحابي. لزم قبول تفسيره بغير دليل وإن فسرها التابعي لم يلزم قبول تفسيره إلا بدليل.

والضرب الثالث: أن تخرج الزيادة عن شرح السبب وتفسير المعنى فما هي إلا كذب يسير قد نزه الله تعالى عنه صحابة رسوله ﷺ وقد قال «من كذب عليّ متعمداً فليتبوأ مقعده من النار».

فهذا الكلام فيما يتعلق بالفصل الأول من أحكام الرواة الناقلين للسنة.

فصل: [القول في أحكام المتون المنقولة أو السنن المروية]

وأما الفصل الثاني من الأصل في أحكام المتون المنقولة أو السنن المروية:

فجميع ما ذكرنا من أن كتاب الله يشتمل عليه من الأقسام الستة وهي العموم والخصوص، والمفسر والمجمل، والمطلق والمقيد، والإثبات والنفي، والمحكم، والمتشابه، والناسخ والمنسوخ، فمثلها موجود في السنة، وأحكامها في السنة على ما شرحناه من أحكامها في الكتاب.

تختص السنة بأصول تشتمل على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما تؤخذ منه السنة.

والثاني: ما يجب بيانه بالسنة **والثالث** ما يلزم العمل به من السنة.

[القول في مصادر السنة]:

فأما القسم الأول فما تؤخذ منه السنة فهو مأخوذ عن الرسول ﷺ من ثلاثة أوجه: من قوله وفعله وإقراره.

[أقوال الرسول ﷺ]:

فأما أقواله: فمطاع فيها، قال الله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩].

وهي على أربعة أضرب:

أمر، ونهي، وخبر، واستخبار، فيطاع في أوامره، ويتبع في نواهيه، ويصدق في خبره، ويجاب على استخباره.

ثم تنقسم قسمين:

أحدهما: ما ابتدأه.

والثاني: ما كان جواباً عن سؤال.

فأما المبتدأ من أقواله فيشتمل على خمسة أقسام: عبادات، ومعاملات، وترغيب، وترهيب، وتأديب.

فأما العبادات فتتردد بين وجوب وندب.

وأما المعاملات فتترد بين إباحة وحظر.

وأما الترغيب بالثواب فداع إلى الطاعة.

وأما الترهيب بالعقاب فزاجر عن المعصية.

وأما التأديب فباعث على الجملة والألفة. وبهذا تتم مصالح الدين والدنيا.

وأما ما كان جواباً عن سؤال: فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما قابل السؤال فلم يزد عليه ولم ينقص منه كما سئل عن الاستطاعة في الحج فقال: «زاد وراحلة» وهذا حدّ الجواب أن يكون مطابقاً للسؤال.

والثاني: أن يكون الجواب أزيد من السؤال كما سئل عن ماء البحر فقال «هو الطهور ماؤه الحل ميتته». فتكون الزيادة على السؤال بيان شرع مبتدأ.

والثالث: أن يكون الجواب أنقص من السؤال فله أربعة أحوال:

أحداها: أن يكون نقصان الجواب لخطأ السائل في السؤال كما سئل عما يلبس المحرم فقال: «لا يلبس قميصاً ولا عمامة».

والحال الثانية: أن يكون في كتاب الله بيان لبقية السؤال كما يسأله عمر عن الكلالة فقال: «تكفيك آية الصيف».

والثالثة: أن يكون في بعض الجواب تنبيه على بقية الجواب كما سأله عمر عن قبلة الصائم فقال «أرأيت لو تمضمضت؟».

والحال الرابعة: أن يكون لتوقف عنه، فإن لم يكن له تعلق بالديانات لم يلزمه إتمام الجواب، وإن تعلق بالديانات لزمه إتمام الجواب لما فيه من اظهار دين الله فيه، وليس يتوقف إلا ليتوقع أمر الله وبيانه كما سأله أُسَيْد بن حضير عن الحيض فتوقف حتى نزل قوله تعالى ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى﴾ [البقرة: ٢٢٢].

[أفعال الرسول ﷺ]:

وأما أفعال الرسول ﷺ فضربان:

أحدهما: ما لا يتعلق بالديانات كمأكله ومشربه وملبسه ومنامه فيدل فعله على الإباحة دون الوجوب، لأن أفعاله تتردد بين الحسن والجائز ولا يفعل ما يقبح في العقل أو يكره في الشرع، فيكون التاسيّ به أبرك من المخالفة له، قال الله تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١] إلا أن يقوم دليل على اختصاصه بالإباحة كما خص في المناكح بما حظره على غيره فلا يجوز اتباعه فيه.

والضرب الثاني: ما اختص بالديانات فله فيها ثلاثة أحوال:

أحداها: أن يأمر باتباعه فيها كما قال «صلوا كما رأيتموني أصلي» وقال في الحج: «خذوا عني مناسككم» فيكون اتباعه فيها فرضاً لاقتران أمره بفعله.

والحال الثانية: أن ينهي عن اتباعه فيها كما نهى عن الوصال في الصيام فانتهى الناس ثم واصل فواصلوا فقال: «أما إني كنت نهيت عن الوصال» فقالوا: رأيناك واصلت فواصلنا فقال: «إني لست مثلكم إني أطعم وأسقي» فلا يجب علينا اتباعه فيه لنهيه عنه.

وهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما كان له مباحاً وعلينا محظوراً كالمناكح.

والضرب الثاني: ما كان له مستحباً ولنا مكروهاً كالوصال.

والضرب الثالث: ما كان عليه فرضاً وعلينا ندباً كما قال: «فرض عليّ السواك ولم يفرض عليكم».

والحال الثالثة: أن تتجرد أفعاله عن أن يأمر بها أو ينهي عنها، فاتباعه فيها ندب، واختلف فيها هل تكون فرضاً أو مستحبة؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول الأكثرين أنها مستحبة وليست بفرض إلا أن يقترن بها أمر لأنه كان ﷺ يستسر بكثير من أفعاله ولو كان اتباعه فيها فرضاً لأظهرها كما أظهر أقواله ليكون البلاغ بهما عاماً.

والوجه الثاني: أن اتباعه فيها فرض ما لم يَنْهَ عنه لقول الله تعالى في حق النبي ﷺ: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِيْنَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ﴾ [النور: ٦٣] والأمر ينطلق على الفعل كانطلاقه على القول كما قال تعالى: ﴿وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾ [هود: ٩٧] أي فعل فرعون وكما قال الشاعر:

لها أمرها حتى إذا ما تبوأت بإخفافها بتنا نبوّىء مضجعا(١)

يعني بالأمر أفعال الأبل في سيرها.

وقد روي أن رجلاً أرسل امرأة إلى أم سلمة رضي الله عنها ليسألها عن قبلة الصائم فقالت أم سلمة: أن رسول الله ﷺ قد قبل وهو صائم. فقال الرجل: لسنا كرسول الله ﷺ أن الله قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر. وأعاد زوجته لتسأل فذكرت أم سلمة ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «هلا أنبأتها» فقالت قد فعلت. فقال: لسنا كرسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «إني لأرجو أن أكون أتقاكم لله وأعلمكم بحدوده».

فدل على وجوب اتباعه في أفعاله.

[إقرار الرسول ﷺ]:

وأما إقرار رسول الله ﷺ الناس على ما أمرهم عليه من بياعات ومعاملات ومأكول ومشروب وملبوس وآنية ومقاعد في الأسواق فجميعها في الشرع مباح.

لأن رسول الله ﷺ لا يستجيز أن يقر الناس على منكر محظور كما وصفه الله تعالى في قوله ﴿النَّبِيَّ الأُمِّيِّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوباً عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَاةِ وَالإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

فدل على أن ما أقر عليه خارج عن المنكر وداخل في المعروف.

واختلف في حكم الاستباحة لذلك بعد الإقرار عليه على وجهين:

أحدهما: أنها مستباحة بالعرف المتقدم دون الشرع.

والوجه الثاني: أنها مستباحة بالشرع حتى أقروا عليها.

---

(١) البيت للراعي النميري الأمالي لأبي علي القالي ٢/ ٤٠ والاشتقاق لابن دريد ص٢٩٥ والمزهر في علوم اللغة للسيوطي ٢/ ٤٤٥.

وهذان الوجهان من اختلافهم في أصول الأشياء قبل مجيء الشرع هل كانت على الإباحة حتى حظرها الشرع أو كانت على الحظر حتى أباحها الشرع.

فصل: وأما القسم الثاني فيما يجب بيانه بالسنة: فعلى أربعة أضرب:

أحدها: ما لزمه بيانه في حقوق الله تعالى وحقوق عباده وهو بيان ما أجمله الله تعالى في كتابه من الصلاة والزكاة، والرسول ﷺ مأخوذ بيانه في حق الله ليقام بحقه فيها ومأخوذ ببيانه في حقوق العباد ليعلموا ما كلفوا منها.

والضرب الثاني: ما لزم الرسول بيانه في حقوق الله تعالى دون عباده وهو تخصيص العموم يلزم بيانه في حق الله لاستثنائه له ولا يلزمه في حقوق العباد لأنهم على العموم ما لم ينقلوا عنه.

والضرب الثالث: ما لزمه بيانه في حقوق العباد، ولم يلزمه بيانه في حقوق الله وهو ما يستحق الثواب بفعله ولا يجب العقاب بتركه كنوافل العبادات وأفعال القرب يلزم بيانها في حقوق العباد خاصة لاختصاصهم بها.

والضرب الرابع: ما اختلف فيه وهو ما استأنف الرسول ﷺ بيانه من الأحكام التي ليست في كتاب الله كالحكم بالشفعة للجار والقضاء بالدية على العاقلة وإعطاء السلب للقاتل وأن لا ميراث للقاتل وأن لا وصية للوارث وأن لا يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها وما شاكل ذلك فيلزم الرسول بيانه في حقوق العباد: لأنه لا طريق لهم إلى العلم بها إلا منه.

وفي لزوم بيانها في حقوق الله تعالى وجهان مبنيان على اختلاف أصحاب الشافعي هل للرسول أن يحكم فيها باجتهاده أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز للرسول أن يحكم باجتهاده لأن الاجتهاد فضيلة فكان الأنبياء بها أحق وقد قال الله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ، وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٧٨ ـ ٧٩].

ولو حكم داود بأمر الله لم ينقض حكمه عليه، وقد صالح رسول الله ﷺ قريشاً عام الحديبية وحكم برد من أسلم من رجالهم ونسائهم فرد الله تعالى حكمه فيمن أسلم من النساء حين جاءت أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط مسلمة فدل على أنه حكم في ذلك باجتهاده فعلى هذا الوجه يكون هذا البيان لازماً للرسول ﷺ في حقوق العباد دون حقوق الله تعالى.

والوجه الثاني: ليس للرسول أن يجتهد وتكون أحكامه موقوفة على أوامر الله تعالى إما من قرآن أو وحي لقول الله تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَى إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ

﴿يُوحَى﴾ [النجم: ٤]؛ ولأن الاجتهاد لا يسوغ مع وجود النص. وأوامر الله تعالى نص، فعلى هذا الوجه يكون هذا البيان لازماً في حقوق الله تعالى وحقوق عباده.

والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين في اجتهاد الرسول أن يكون اجتهاده معتبراً بالحكم، فإن كان مما يشارك فيه أمته كنهيه عن الكلام في الصلاة وكنهيه عن الجمع بين المرأة وعمتها لم يكن له أن يجتهد فيه حتى يأخذ عن أمر الله تعالى ووحيه كما قال عليه السلام لابن مسعود: «إن الله يحدث من أمره ما يشاء وإن مما يحدث أن لا يتكلموا في الصلاة». وإن كان مما لا تشاركه فيه أمته: كقوله: «لا ميراث لقاتل» وكحده لشارب الخمر، جاز أن يحكم فيه برأيه واجتهاده، وإنما كان كذلك، لأن الأحكام هي إلزام من أمر الله لمأمور فما دخل فيه وجب أن يكون مأموراً به وما لم يدخل فيه جاز أن يكون آمراً به، لأن المأمور غير الآمر والله أعلم بصواب ما ذكرته.

فصل: ما يلزم العمل به من السنة

وأما القسم الثالث فيما يلزم العمل به من السنة: فأقول إن السنة إذا جاءت بحكم فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن تتفرد السنة بذلك الحكم، أو يقترن بها فيه أصل آخر.

[القول في السنة إذا انفردت]:

فإن انفردت بذلك الحكم وجب العمل بها في التزام ذلك الحكم؛ لأنها أصل في أحكام الشرع سواء وافقها القياس أو خالفها.

وقال أبو حنيفة إن خالفت القياس الذي لا يحتمل كان العمل على القياس أولى من الأخذ بالسنة.

وهذا فاسد لأن القياس فرع السنة فلا يجوز أن يكون رافعاً للسنة.

وإن اقترن بالسنة في ذلك الحكم أصل آخر فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: كتاب الله.

والضرب الثاني: سنّة أخرى.

والضرب الثالث: إجماع.

الضرب الأول: وهو أن يقترن بالسنة في ذلك الحكم كتاب الله فلا يخلو الكتاب من أن يكون موافقاً لحكم السنة، أو منافياً له.

فإن كان موافقاً صار ذلك الحكم ثابتاً بأصلين هما الكتاب والسنة.

ونظر فيهما فإن تقدمت السنة به على الكتاب كان وجوبه بالسنة، والكتاب مؤكد وإن تقدم الكتاب به على السنة كان وجوبه بالكتاب والسنة مؤكدة.

وإن كان الكتاب منافياً للسنة في ذلك الحكم فأثبته أحدهما ونفاه الآخر، فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتقدم الكتاب فيكون العمل على الكتاب دون السنة لأن الكتاب لا ينسخ بالسنة.

والضرب الثاني: أن تتقدم السنة على الكتاب فيكون العمل على مذهب الشافعي بالسنة دون الكتاب، لأن عنده أن السنة لا تنسخ بالكتاب. وعلى مذهب من أجاز نسخ السنة بالكتاب من أصحابه كابن سريج وغيره يكون العمل على الكتاب دون السنة وتكون السنة منسوخة بالكتاب.

والضرب الثالث: أن يردا مورداً واحداً ولا يتقدم أحدهما على الآخر، فقد اختلف أصحاب الشافعي، في المأخوذ به منهما، على ثلاثة مذاهب:

أحدها: يؤخذ فيه بكتاب الله، لأنه أصل السنة، وقد جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «ما أتاكم عني فأعرضوه على كتاب الله فإن وافقه فاعملوا به وإن خالفه فاتركوه»[1].

والمذهب الثاني: أن يؤخذ فيه بحكم السنة لاختصاصها بالبيان والله تعالى يقول: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧].

والمذهب الثالث: يجب التوقف عنهما، حتى يقوم الدليل على ثبوت أحدهما.

والصحيح عندي: أن ينظر في حكم السنة فإن كان تخصيصا عمل على السنة دون الكتاب، لأن عموم الكتاب مخصوص بالسنة، وإن كان نسخاً عمل على الكتاب دون السنة لأن الكتاب لا ينسخ بالسنة.

وأما الضرب الثاني في مقابلة السنة بالسنة: فإن اتفقا وكان الفعل فيهما موافقاً للقول تأكد الحكم باجتماعهما فيه، ووجب العمل به، وإن تنافيا فيه وكان الفعل في السنة مخالفاً للقول: مثل أن يرد عن الرسول قول فيعمل بخلافه، والأحكام قد تؤخذ من فعله كما تؤخذ من قوله، فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يمكن استعمالهما على ما لا يتنافيان، مثل نهيه عن الصلاة بعد العصر، ثم صلى بعد العصر فحمل نهيه عن الصلاة التي لا سبب لها، وحمل فعله على الصلاة التي لها سبب، فيجب العمل بهما ويحمل كل منهما على ما يوجبه استعمالهما.

والضرب الثاني: أن يكون الرسول مخصوصاً بذلك الفعل، كما بين اختصاصه

---

(١) لا يصح أخرجه ابن عبد البر في الجامع ٢/ ١٩١.

بالوصال في الصيام بعد نهيه عنه، فيؤخذ بعموم قوله، ويعدل عن خصوص فعله.

والضرب الثالث: أن لا يمكن استعمالهما ولا تبيّن اختصاصه بأحدهما فهذا يوجب أن يكون التأخر منهما ناسخاً للمتقدم.

والظاهر من مذهب الشافعي أن القول لا ينسخ إلا بالقول، والفعل لا ينسخ إلا بالفعل.

وذهب بعض أصحابه إلى جواز نسخ كل واحد منهما بالآخر، لأن كل واحد منهما سنّة يؤخذ بها.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال في السارق «فإن عاد في الخامسة فاقتلوه» ثم رفع إليه في الخامسة فلم يقتله فدل على أن القتل منسوخ وقال: «الثيب بالثيب جلد مائة والرجم» ثم رجم ماعزاً ولم يجلده فدل على أن الجلد منسوخ، وقال في الإمام: «وإذا صلى قاعداً فصلوا قعوداً أجمعين» ثم صلى بأصحابه قاعداً وصلوا خلفه قياساً فدل على أن القعود منسوخ.

فعلى مذهب من جوز نسخ القول بالفعل جعل فعله المتأخر ناسخاً لقوله المتقدم.

وعلى الظاهر من مذهب الشافعي أن القول لا ينسخ بالفعل، لكن يستدل بفعله المخالف لقوله على أنه قد تقدم على فعله قول نسخ القول الأول ثم ورد فعله المخالف بعد قوله الناسخ فاقتصر الناس على نقل الفعل دون القول لظهور النسخ فيه.

فإن لم يعلم المتقدم من المتأخر عدل عنهما إلى عمل الصحابة بأحدهما فكان عملهم بأحدهما دليلاً على نسخ الآخر.

وإن لم يكن في العمل بيان وجب التوقف عنهما حتى يقوم الدليل على ثبوت أحدهما.

وأما الضرب الثالث: في مقابلة السنة بالإجماع فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون الإجماع موافقاً للسنة في العمل بها كما قال: «لا ميراث لقاتل» و «لا وصية لوارث» ونهى عن الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها وأجمعوا على العمل بهذه السنن فيكون الحكم ثابتاً بالسنة والإجماع دليلا على صحة النقل فيصير هذا الخبر في حكم المتواتر وإن لم يكن متواتراً.

والضرب الثاني: أن يكون الإجماع منعقداً على خلاف السنة فتدل مخالفة الإجماع للسنة على أنها منسوخة أو نقلها غير صحيح، فيكون ذلك موجباً لترك السنة والعمل على الإجماع.

والضرب الثالث: أن يعمل بها بعض الصحابة ويتركها بعضهم، فالعمل بالسنة واجب وإن تركها بعضهم لأن التارك لها محجوج بها.

وإذا رويت سنة لمن غاب عن رسول الله ﷺ فعمل بها ثم لقي رسول الله ﷺ فقد اختلف أصحابنا هل يلزمه سؤاله عنها؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه سؤاله عنها ليكون على يقين من وجوب العمل بها.

والوجه الثاني: لا يلزمه السؤال ويجوز أن يعمل فيها على الخبر، لأنه لو لزمه السؤال إذا حضر للزمته الهجرة إذا غاب.

والصحيح عندي: أن وجوب السؤال مختلف باختلاف السنة فإن كانت تغليظاً لم يلزم السؤال عنها وإن كانت ترخيصاً لزمه السؤال عنها لأن التغليظ التزام والترخيص إسقاط.

وإذا ظفر الإنسان براوي حديث عن رسول الله ﷺ يتعلق بالسنن والأحكام فإن كان من العامة المقلدين لم يلزمه سماع الحديث، لأن فَرْضَهُ السؤال عند نزول الحوادث به وإن كان من الخاصة المجتهدين لزمه سماع الحديث ليكون أصلاً في اجتهاده، ونقل السنن من فروض الكفايات.

فإذا نقلها من فيه كفاية سقط فرضها عن الباقين وإذا قصر ناقلوها عن الكفاية خرجوا أجمعين لطلب العلم.

والذي يدخل في فرض الكفاية من قبلت منه الرواية، ولا يدخل فيهم من لم تقبل روايته.

وعلى متحمل السنة أن يرويها إذا سئل عنها ولا يلزمه روايتها إذا لم يسأل عنها إلا أن يجد الناس على خلافها فيلزمه روايتها ليعملوا بها والله أعلم.

فصل: [ثالثاً ـ الإجماع]

وأما الأصل الثالث من أصول الشرع ـ وهو الإجماع ـ فالإجماع هو أن يستفيض اتفاق أهل العلم من جهة دلائل الأحكام وطرق الاستنباط على قول في حكم لم يختلف فيه أهل عصرهم وتكون استفاضته عند أمثالهم من أهل العلم بعد عصرهم فتعتبر الاستفاضة عن أهل العلم وفي أهل العلم لا يكون لقول من جرح من أهل العلم تأثير في وفاق أو خلاف فهذا حد الإجماع.

وهو حجة في الأحكام.

وقد أنكر قوم إمكان الإجماع وإن كان دليلاً، وأنكر قوم أن يكون دليلاً وإن أمكن.

وكلا القولين فاسد؛ لقول الله تعالى: ﴿وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ﴾ [لقمان: ١٥]؛ فدل أمره باتباعهم على إمكان اتفاقهم ووجوب اجماعهم، ثم نهى الله تعالى عن مخالفتهم فقال ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِمَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِيْنَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى﴾ [النساء: ١١٥] الآية.

فصار خلافهم محظوراً، أكّده بقوله تعالى: ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبلِ اللَّهِ جَمِيعاً وَلاَ تَفَرقُوا﴾ [آل عمران: ١٠٣] وقال النبي ﷺ «الأمة المجتمعة حجة على من شذّ عنها» ثم أخبر أنهم لا يجتمعون إلا على حق فقال: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ﴾ [آل عمران: ١١٠] الآية، وقال النبي ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة».

ثم جعل أهل كل عصر حجة على من بعدهم من الأعصار ليستديم الإبلاغ فقال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُول عَلَيْكُمْ شَهِيداً﴾ [البقرة: ١٤٣]، فجعل الرسول حجة عليهم، وجعلهم حجة على غيرهم.

وروى معاذ بن رفاعة عن إبراهيم بن عبد الرحمن العذري قال: قال: رسول الله ﷺ: «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله ينفون عنه تحريف الغالين وانتحال المبطلين وتأويل الجاهلين»، وإذا ثبت أن إجماع هذه الأمة حجة فقد اختلف في أمة كل نبي هل يكون إجماعهم حجة أم لا؟

فذهب بعض المتكلمين إلى أن إجماع غير هذه الأمة لا يكون حجة. وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأن اليهود والنصارى قد أجمعوا على قتل عيسى ابن مريم وقد أخبر الله تعالى بكذب الفريقين.

وقال آخرون منهم: يكون حجة على من بعدهم من أمتهم، لوجوب العمل بشرائع الأنبياء في عصر بعد عصر ما لم يرد نسخها.

فأما إجماع اليهود والنصارى على كذبهم في قتل عيسى فإنما انعقد الإجماع على نقل القتل المأخوذ عن آحاد تعترضهم الشبهة ويجوز أن يتطرق عليهم الكذب، والإجماع على النقل حق وإن كان القتل باطلاً.

فصار المتعلق بالإجماع على ما أوضحناه أربعة أحكام:

أحدها: إمكان وجوده.

والثاني: لزوم حجته.

والثالث: اشتماله على الحق.

والرابع: وجوبه في كل عصر.

فصل: فإذا استقر ما ذكرنا من صحة الإجماع وأحكامه فالكلام فيه يشتمل على أربعة فصول:

أحدها: ما ينعقد عنه الإجماع.

والثاني: ما ينعقد به الإجماع.

والثالث: ما يستقر به الإجماع.

والرابع: في معارضة الاختلاف والإجماع.

[القول فيما ينعقد عنه الإجماع]:

فأما الفصل الأول فيما ينعقد عنه الإجماع: فهو ينعقد عن دليل أوجب اتفاقهم عليه لأن ما لا موجب له يتعذر الاتفاق عليه.

والدليل الداعي إليه قد يكون من سبعة أوجه:

أحدها: أن ينعقد عن تنبيه من كتاب الله كإجماعهم على أن ابن الابن في الميراث كالابن.

والثاني: أن ينعقد عن استنباط من سنة رسول الله ﷺ كإجماعهم على توريث كل واحدة من الجدتين السدس.

والثالث: أن ينعقد عن الاستفاضة والانتشار، كالإجماع على إعداد الركعات وترتيبها في الركوع والسجود.

والرابع: أن ينعقد على العمل به كالإجماع على نصب الزكوات.

والخامس: أن ينعقد عن المناظرة والجدال، كإجماعهم على قتل مانعي الزكاة.

والسادس: أن ينعقد عن توقيف، كإجماعهم على أن الجمعة تسقط فرض الظهر.

والسابع: أن ينعقد عن استدلال وقياس، كإجماعهم على أن الجواميس في الزكاة كالبقر.

فإن تجرد الإجماع عن دليل يدعو إليه إذا وجد الاتفاق عليه، فقد اختلف في صحته وجواز انعقاده.

فذهب شاذ من أهل العلم إلى جوازه، استدلالاً بقول النبي ﷺ: «ما رآه

المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن» وهذا قول من جعل الإلهام دليلا.

والذي عليه جمهور العلماء أنه لا يصح انعقاد الإجماع إلا بدليل لأمرين.

أحدهما: أن إثبات الشرع دليل لا يجوز.

والثاني: أن اتفاق الكافة بغير سبب لا يوجد.

وإذا انعقد الإجماع عن أحد أدلته فقد اختلف أصحابنا في القطع على الله تعالى بصحته على وجهين:

أحدهما: أن الإجماع معصوم يقطع بصحته ليصح قيام الحجة به.

والوجه الثاني: أن الإجماع غير معصوم من السهو والغلط اعتباراً بأهله في نفي العصمة عن آحادهم فكذلك عن جماعتهم، ولا يكون قيام الحجة به موجباً لعصمته كما تقوم الحجة بخبر الواحد وإن كان غير معصوم.

فصل: [القول فيما ينعقد به الإجماع]:

وأما الفصل الثاني فيما ينعقد به الإجماع: فانعقاده معتبر بأربعة شروط:

أحدها: أن يعتبر فيه قول الخاصة من أهل العلم دون العامة لقول الله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ﴾ [آل عمران: ١٨] فخص أهل العلم دون العامة بهذه المنزلة» وكذلك قال رسول الله ﷺ: «العلماء ورثة الأنبياء»(١) وقد خالف أبو طلحة الأنصاري الصحابة رضي الله عنهم في أن البَرَد لا يفطر الصائم، لأنه ليس بطعام ولا شراب فردوا قوله ولم يعتدوا خلافه(٢) لأنه كان من عامة الصحابة ولم يكن من علمائهم.

والشرط الثاني: أن يكون قول علماء الأمصار كلهم.

وقال مالك: الإجماع معتبر بأهل المدينة. ولا ينتقض إجماعهم، بخلاف غيرهم، لنزول الوحي فيهم، وقبض الرسول ﷺ بينهم، وانتشار العلم عنهم، ولقول النبي ﷺ: «إن العلم ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها»(٣).

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢٢٣) والبخاري في التاريخ ٨/ ٣٣٧ وانظر تلخيص الحبير ٣/ ١٦٤ وهو عند أبي داود في العلم باب (١) والدارمي ١/ ٩٨، والترمذي (٣٦٨٢) وابن حبان الموارد (٨٠).

(٢) أحمد في المسند ١/ ٢٧٩ وانظر المجمع ٣/ ١٧١.

(٣) أخرجه البخاري ٣/ ٢٧ ومسلم في كتاب الإيمان (٢٣٣) وابن ماجة (٣١١١) وأحمد ٢/ ٢٨٦، ٤٩٦ وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١٠٣٣) وأبو عوانة ١/ ١٠١ والبيهقي في الدلائل ٢/ ٢٤٤ وابن أبي شيبة ١٢/ ١٨١.

ولذلك لم يجعل خلاف علي بن أبي طالب لأبي بكر وعمر رضي الله عنهم بعد خروجه إلى الكوفة في بيع أمهات الأولاد حتى قال على منبرها «اجتمع رأيي ورأي أبي بكر وعمر على أن بيع أمهات الأولاد لا يجوز وقد رأيت أن بيعهن جائز» خلافاً وجعل تحريم بيعهن إجماعاً.

وهذا قول فاسد؛ لأن الأحكام مستنبطة من الكتاب والسنة لا من الأمكنة، قال الله تعالى: ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾ [النساء: ٥٨]. ولم يأمر برده إلى أهل المدينة، فكان العلم بأهله لا بمكانه، وقد قال النبي ﷺ «رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه».

وقد روي أن أبا سعيد الخدري وجابر بن عبد الله رضي الله عنهما خرج كل واحد منهما من المدينة إلى الشام في طلب حديث عن الرسول ﷺ وكتب أهل المدينة إلى عمرو بن حزم يسألونه عما عنده من دية الأسنان؛ ولأن مكة مهبط القرآن ومقام الرسول بها أكثر، ولا يتميز أهلها في العلم، فكان أهل المدينة أحق.

والشرط الثالث: أن لا يظهر من أحدهم خلاف فيه.

وإن تظاهر أحدهم بالخلاف فله حالتان:

أحدهما: أن يدفع خلافه نص فيكون خلافه مرتفعاً والإجماع بغيره منعقداً كما خالف عبد الله بن مسعود الصحابة في الفاتحة والمعوذتين ولم يجعلهن من القرآن[١] فلم يعتدوا بخلافه لوجود النص وانعقد الإجماع على أنهن من القرآن وخالفهم أبّي بن كعب في القنوت المسمى بسورتي أبيّ حين جعلهما من القرآن[٢] فلم يعتدوا بخلافه وأجمعوا على أنهما ليستا من القرآن، وكما ذهب حذيفة بن اليمان إلى أن أول الصوم أسفار الصبح فلم يعتدوا بخلافه وأجمعوا على أنه من طلوع الفجر.

الحالة الثانية: أن لا يدفع قول المخالف نص فيكون خلافه مانعاً من انعقاد الإجماع، سواء كان من أكابر أهل العصر أو من أصغرهم سناً، كما خالف ابن عباس جميع الصحابة في العول فقال: «من شاء باهلته عند الحجر الأسود» فصار خلافه خلافاً، والإجماع بخلافه مرتفعاً.

وقال أحمد بن حنبل: خلاف الواحد لا ينقض الإجماع ويكون محجوجاً بمن عداه، وهذا فاسد، قد خالف أبو بكر جميع الصحابة في قتال أهل الردة ثم بان أن الحق معه، وقد قال تعالى: ﴿يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ﴾ [البقرة: ٢٦٩].

---

(١) انظر الدر المأثور ٤١٦/٦ قلت وأظن أن هذا لا يصح عـن ابن مسعود رضي الله عنه.

(٢) انظر كنز العمال ٤٨/٨ (٣٣٥).

والشرط الرابع: أن ينتشر في جميع أهل العصر فيكونوا فيه بين معترف به أو راضٍ به.

فإن انتشر فيهم وأمسكوا عنه من غير أن يظهر منهم اعتراف أو رضى فهو ضربان:

أحدهما: أن يكون في عصر الصحابة.

والثاني: أن يكون في غيره من الأعصار.

فإن كان ذلك في غير عصر الصحابة فلا يكون انتشار قول الواحد منهم مع إمساك غيره إجماعاً ولا حجة، لأنهم قد يعرضون عما لا يتعين فرضه عليهم.

وإن كان في عصر الصحابة الذي قد خصه الله بفضل أهله وقال ﷺ «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم» وقال: «خير الناس قرني ثم من يليهم».

فإذا قال الواحد منهم قولاً أو حكم به فأمسك الباقون عنه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون فيما يفوت استدراكه، كإراقة دم، أو استباحة فرج، فيكون إجماعاً؛ لأنهم لو اعتقدوا خلافه لأنكروه، إذ لا يصح منهم أن يتفقوا على إقرار منكر.

وإن كان مما لا يفوت استدراكه كان حجة لأن الحق لا يخرج عن غيرهم.

وفي كونه إجماعاً يمنع من الاجتهاد وجهان لأصحابنا:

أحدهما: يكون إجماعاً لا يسوغ معه الاجتهاد لأن عدم الخلاف مع الانتشار يمنع من إثبات الخلاف.

والوجه الثاني: لا يكون إجماعاً والاجتهاد معه جائز؛ لأن من نسب إلى ساكت قولاً أو اعتقاداً فقد افترى عليه، وسواء كان هذا القول حكماً أو فتياً.

وفرق أبو علي بن أبي هريرة بينهما فجعله إجماعاً أن كان فتياً، ولم يجعله إجماعاً إن كان حكماً لجواز الاعتراض على المفتي. وترك الاعتراض على الحاكم لما فيه من شق العصا.

وعكسه غيره من أصحابنا فجعله إجماعاً إن كان حكماً ولم يجعله إجماعاً إن كان فتياً؛ لأن الحكم في الأغلب يكون عن المشاورة وفي الفتيا عن استبداد.

وكلا الفرقين فاسد لاشتراك الحكم والفتيا في وجوب الاجتهاد.

وأما إن لم ينتشر قول الواحد من الصحابة في جميعهم ولم يؤثر فيه خلاف من أحدهم فلا يكون ذلك القول إجماعاً، لأنهم ما عرفوه، فيرضوا به أو ينكروه.

فأما كونه حجة تلزم العمل بها فمعتبر بما يوافقه من قياس أو يخالفه.

وله أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون القياس موافقاً لقول الصحابي فيكون قول الصحابي حجة بالقياس.

والحالة الثانية: أن يكون القياس مخالفاً لقول الصحابي فالعمل بالقياس الجلي أولى من قول الصحابي إذا تجرد عن قياس جلي أو خفي.

والحالة الثالثة: أن يكون مع قول الصحابي قياس جلي ويخالفه قياس خفي فقول الصحابي مع القياس الجلي أولى.

والحالة الرابعة: أن يكون مع قول الصحابي قياس خفي ويخالفه قياس جلي:

فمذهب الشافعي في القديم: أن قول الصحابي مع القياس الخفي أولى وألزم من القياس الجلي لأن الصحابة أهدى إلى الحق.

ثم رجع عنه في الجديد وجعل القياس الجلي أولى بالعمل من قول الصحابي مع القياس الخفي لأنهم قد كانوا يتحاجّون بالقياس حتى قال ابن عباس: «ألا لا يتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الأب أباً»، وإذا لزمهم العمل بالقياس كان لغيرهم ألزم.

فصل: ما يستقر به الإجماع:

وأما الفصل الثالث فيما يستقر به الإجماع: فمعتبر بأربعة شروط:

أحدها: العلم باتفاقهم عليه سواء اقترن بقولهم عمل أو لم يقترن.

ومنع بعض الناس من استقرار الإجماع بمجرد القول حتى يقترن به عمل لأن العمل تحقيق القول.

وهذا لا وجه له؛ لأن حجج الأقوال أوكد من حجج الأفعال، وإن كان كل واحد منهما إذا انفرد حجة فلم يلزم اجتماعهما إذا لم يختلفا.

فإن تجرد الإجماع في القول عن عمل يخالفه أو يوافقه كان القول إجماعاً.

وإن تجرد الإجماع في العمل عن قول يوافقه أو يخالفه كان العمل إجماعاً.

فإن أجمعوا على القول واختلفوا في العمل بطل الإجماع إن لم يكن لاختلافهم في العمل تأويل.

وإن أجمعوا على العمل واختلفوا في القول بطل الإجماع إن لم يكن لاختلافهم في القول تأويل لما يلزم من اتفاقهم في القول والعمل.

فإن جهل الاتفاق في القول والعمل ولم يتحقق لم يثبت بذلك إجماع ولا خلاف لترددهما بين اتفاق يكون جماعاً وافتراق يكون خلافاً فلذلك لم يثبت به إجماع ولا خلاف.

والشرط الثاني: أن يستديموا ما كانوا عليه من الإجماع ولا يحدث من أحدهم خلاف.

فإن خالفهم الواحد بعد إجماعه معهم بطل الإجماع وساع الخلاف لأنه لما جاز أن يحدث إجماعهم بعد الخلاف جاز أن يحدث خلافهم بعد الإجماع، هذا علي بن أبي طالب خالف في بيع أمهات الأولاد بعد إجماعه مع أبي بكر وعمر رضي الله عنهم على أن بيعهن لا يجوز فبطل بخلافه الإجماع في تحريم بيعهن، وقد قيل إن علياً رجع بعد خلافه حين قال له عبيدة السلماني: «يا أمير المؤمنين: إن رأيك مع الجماعة أحب إلي من رأيك وحدك».

فإن كان هذا الرجوع صحيحاً كان تحريم بيعهن إجماعاً.

والشرط الثالث: أن ينقرض عصرهم حتى يؤمن حدوث الخلاف بينهم فإن بقاء العصر ربما أحدث من بعضهم خلافاً كما خالف عبد الله بن عباس في العول بعد موت عمر فقيل له: ألا قلته في أيامه فقال هبته وكان امرءًا مهيباً.

وليس يعتبر في انقراض العصر موت جميع أهله لأن هذا أمر يضيق ولا ينحصر وقد تتداخل الأعصار ويتدرج الناس من حال بعد حال ويختلفون في الأعمار والآجال.

وإنما المعتبر في انقراضه أمران:

أحدهما: أن يستولي على العصر الثاني غير أهل العصر الأول.

والثاني: أن ينقرض فيهم من بقي من أهل العصر الأول، قد عاش أنس بن مالك وعبد الله بن أبي أوفى إلى عصر التابعين فطاولوهم فجمعوا بين عصرين فلم يدل ذلك على بقاء عصر الصحابة بهم.

وإذا كان انقراض العصر شرطاً في استقرار الإجماع فهو معتبر في الأحكام التي لا يتعلق بها إتلاف واستهلاك، ولا يستقر إجماعهم فيها إلا بانقراضهم عليها.

فأما الأحكام التي يتعلق بها إتلاف واستهلاك لا يمكن استدراكه كإراقة الدماء

واستباحة الفروج فقد اختلف أصحابنا في انقراض العصر هل يكون شرطاً في انعقاد الإجماع عليه؟ على وجهين:

أحدهما: يكون شرطاً فيه كغيره من الأحكام.

والوجه الثاني: لا يكون شرطاً، والإجماع مستقر بالاتفاق عليه وليس لأحدهم أن يحدث خلافاً فيه، لأنهم في عظائم الأمور لا يجوز أن يتفقوا على الإجماع عليها إلا بعد وضوح الحق فيها كما أجمعوا مع أبي بكر على قتال مانعي الزكاة، وفيه إراقة الدماء فلم يكن لأحدهم بعد الإجماع وما سفك فيه من الدماء أن يخالف فيه، لأنه يجعل ما تقدم من إجماعهم منكراً ولا يجوز أن تجتمع الأمة على منكر.

الشرط الرابع: أن لا يلحق بالعصر الأول من ينازعهم من أهل العصر الثاني.

فإن لحق بعض الصحابة بعض التابعين فخالفهم فيما أجمعوا عليه فقد اختلف أصحاب الشافعي: هل يمنع خلافه من انعقاد الإجماع؟ على وجهين:

أحدهما: أن الإجماع منعقد لا يرتفع بخلافه، لأنهم بمشاهدة الرسول ﷺ أحفظ لشريعته وقد أنكرت عائشة رضي الله عنها على أبي سلمة بن عبد الرحمن منازعته الصحابة وقالت: أراك كالفروج إذا اجتمع مع الديكة صايحها[1].

والوجه الثاني: أن خلافه يمنع من انعقاد الإجماع؛ لأن صغر السن لا يمنع من نفوذ القول كما خالف ابن عباس في صغر سنه أكابر الصحابة، وقد قال علي: اعرف الحق تعرف أهله.

فإذا استقر الإجماع بهذه الشروط الأربعة وجب أن يكون إجماع أهل العصر حجة على من بعدهم من أهل الأعصار المتأخرة ولا يكون حجة على أهل عصره لعدم استقراره فيه، فيكون إجماع الصحابة حجة على التابعين، ولا يكون حجة على الصحابة، وإجماع التابعين حجة على تابعي التابعين، ولا يكون حجة على التابعين وهذا حكم الإجماع في كل عصر يأتي ما بقيت الأرض ومن عليها.

وقال داود وطائفة من أهل الظاهر: الإجماع اللازم يختص بعصر الصحابة لاختصاصهم بنزول الوحي فيهم، ولا يلزم إجماع من بعدهم من التابعين وغيرهم.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن وضوح الحق مستديم في كل عصر لأنه لا يخلو عصر من قائم لله بحجة، ولو لم يلزم إجماعهم لخرج الحق عنهم.

والثاني: أنه لما كان أهل كل عصر محجوجين بنقل من تقدمهم وجب أن يكونوا محجوجين بإجماع من تقدمهم ليكون الشرع محروساً بهم من الزلل والخطأ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرها من ناواها».

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ١/ ٤٦ (٧٢).

فصل: وأما الفصل الرابع في معارضة الاختلاف والإجماع: فينقسم أربعة أقسام:

أحدها: أن يحدث الخلاف بعد تقدم الإجماع في عصر واحد، مثل أن يتقدم إجماع الصحابة ثم يحدث من أحدهم خلاف، فهذا الخلاف الحادث مانع من انعقاد الإجماع، كما أظهر ابن عباس خلافه في العول بعد موت عمر وارتفع بخلافه انعقاد الإجماع في العول وكالذي رجع عنه علي في بيع أمهات الأولاد فارتفع برجوعه الإجماع.

والقسم الثاني: أن يحدث الإجماع بعد تقدم الخلاف في عصر واحد، فهذا الإجماع الحادث يرفع الخلاف المتقدم كاختلاف الصحابة في قتل مانعي الزكاة ثم وافقوا أبا بكر عليه بعد تقدم خلافهم له، فيرتفع الخلاف بالإجماع.

وفي هذا الإجماع وجهان:

أحدهما: أنه أوكد من إجماع لم يتقدمه خلاف، لأنه يدل على ظهور الحق بعد التباس.

والوجه الثاني: أنهما سواء؛ لأن الحق مقترن بكل واحد منهما.

والقسم الثالث: أن يحدث الخلاف بعد تقدم الإجماع في عصرين مختلفين كإجماع الصحابة وخلاف التابعين لهم فهو على ضربين:

أحدهما: أن يخالفوهم مع اتفاق الأصول في المجمع عليها، فهذا الخلاف الحادث مطرّح والإجماع المتقدم منعقد، لأن حجة الإجماع قاهرة.

والضرب الثاني: أن يحدث في المجمع عليه صفة زائدة أو ناقصة فيحدث الخلاف فيها بحدوث ما اختلف من صفاتها فيكون الإجماع في الصفات منعقداً وحدوث الاختلاف في الصفات المختلفة سائغاً عند الشافعي وأكثر الفقهاء.

وذهب داود وطائفة من أهل الظاهر إلى استصحاب حكم الإجماع فإن اختلاف الصفات الحادثة لا يبيح اختلاف الحكم فيها إلا بدليل قاطع، وجعلوا استصحاب الحال حجة في الأحكام، ومثال هذا أن ينعقد الإجماع على إبطال التيمم برؤية الماء قبل الصلاة فإذا رأوه في الصلاة أبطلوا تيممه استصحاباً لبطلانه قبل الصلاة، من غير أن يجمعوا بينهما بقياس كما لو استيقن الطهر وشك في الحدث وجب أن يستصحب حكم اليقين ويلغي حكم الشك.

وهذا فاسد، ولكل حال تجددت حكم توقف على الدليل، يجوز أن يكون مساوياً، ويجوز أن يكون مخالفاً، ويكون الإجماع حجة في الحال التي ورد فيها، ولا

يكون حجة في غيرها، إلا أن يكون القياس موجباً لاستصحاب حكمه، فإن الإجماع أصل يجوز القياس عليه، فيكون القياس هو الذي أوجب استصحاب حكم الإجماع، لا الإجماع.

وإنما كان كذلك؛ لأنه لما ساغ الاجتهاد فيما عدا حالة الإجماع ولم يسغ الاجتهاد في حالة الإجماع دل على افتراقهما فيه، ولم يلزم أن يساويه في حكم. فأما حمل الطهارة على اليقين فلأن الشرع لم ينصب عليها دليلاً.

وذهب بعض أصحابنا إلى أن استصحاب الحال إن لم يعارضه دليل يجوز أن يجعل دليلاً.

وقوله مدفوع بما ذكرنا.

ويتفرع على هذا: إذا اختلف أهل الاجتهاد في حكم فأثبته بعضهم ونفاه بعضهم:

قال داود وأهل الظاهر: لا دليل على النافي ويجب الدليل على المثبت استصحاباً لحكم الأصل في النفي كما تجب البينة على المدعي دون المنكر.

وعند الشافعي وجمهور الفقهاء أن الدليل يجب على النافي كوجوبه على المثبت

وأنه لا يجوز له نفي الحكم إلا بدليل كما لا يجوز له إثباته إلا بدليل: لأن الله تعالى قد نصب على الأحكام أدلة الإثبات والنفي. والنافي للحكم مثبت لضده فلم يجز نفيه إلا بدليل كما لم يجز له إثباته إلا بدليل.

فأما وجوب البينة على المدعي دون المنكر فلأن يمين المنكر كبينة المدعي فصارا مجتمعين على البينة. وإن اختلفا في صفتهما.

والقسم الرابع: أن يحدث الإجماع بعد الخلاف في عصرين مختلفين، كاختلاف الصحابة في حكم على قولين فيجمع التابعون على أحدهما، فالظاهر من مذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه أن حكم الاختلاف ثابت، وأن ما تعقبه من الإجماع غير منعقد، لأن انقراض الصحابة على قولين في حكم إجماع منهم على تسويغ الاجتهاد في ذلك الحكم. وفي انعقاد الإجماع بعد إبطال ما أجمعوا عليه من تسويغ الاجتهاد فيه فصار في إثبات إجماع التابعين إبطال إجماع الصحابة فلم يجز.

وقال الحارث بن أسد المحاسبي وتابعه فيه بعض أصحاب الشافعي قد زال حكم الاختلاف بما تعقبه من الإجماع كما يزول اختلاف الصحابة إذا تعقبه إجماعهم.

وهذا فاسد، لأن إجماع الصحابة لا ينعقد إلا بانقراضهم فلذلك وقع الفرق بين انقراضهم على اختلاف أو إجماع.

فعلى هذا لو اختلف الصحابة على قولين في حكم لم يتعدوه إلى ثالث صار ذلك إجماعاً منهم على إبطال ما عدا القولين فلم يجز لمن بعدهم من التابعين إحداث قول ثالث.

مثاله أن الصحابة انقرضوا على قولين في ابني عم أحدهما أخ لأم، فذهب بعضهم إلى التسوية بينهما في الميراث، وذهب آخرون منهم إلى أن الأخ من الأم منهما أحق بالميراث فخالفهم من التابعين سعيد بن جبير فجعل ابن العم الذي ليس بأخ لأم أحق بالميراث فخالفهم في القولين بإحداث قول ثالث فذهب بعض من ينتسب إلى العلم إلى تسويغ هذا؛ لأن الاختلاف موجب لتسويغ الاجتهاد.

وهذا فاسد؛ لأن في انقراض الصحابة على قولين إجماعاً منهم على إبطال ما خرج عن القولين، وأن الحق في أحدهما، فلم يجر للتابعي أن يبطل ما انعقد إجماعهم عليه فهذا حكم الإجماع وما يتعلق به ويتفرع عليه.

وهو من دلائل السمع.

ويجوز نقله بأخبار الآحاد، لأنه ليس بأوكد من سنن الرسول ﷺ.

فإن نقل الراوي أنهم أجمعوا على كذا فقطع بإجماعهم عليه قبل منه وأثبت الإجماع بقوله سواء كان الراوي من أهل الاجتهاد أو لم يكن.

فإن قال الراوي لم أعرف بينهم اختلافاً فيه فإن لم يكن من أهل الاجتهاد ولا ممن أحاط علمه بالإجماع والاختلاف لم يثبت الإجماع بروايته.

واختلف أصحابنا في ثبوته بها إن كان من أهل الاجتهاد والتقدم في العلم بالإجماع والاختلاف فأثبت بعضهم الإجماع بها وجعل نفي الاختلاف إثباتاً للإجماع وامتنع آخرون من إثبات الإجماع بهذا النفي ولكلا القولين توجيه والله أعلم بالصواب.

فصل: [رابعاً ـ القياس]

فأما الأصل الرابع من أصول الشرع وهو القياس فله مقدمتان:

أحداهما: الاجتهاد.

والثانية: الاستنباط.

الاجتهاد

فأما الاجتهاد: فهو مأخوذ من إجهاد النفس وكدّها في طلب المراد به. كما أن جهاد العدو من إجهاد النفس في قهر العدو، والاجتهاد هو طلب الصواب بالأمارات الدالة عليه.

وزعم ابن أبي هريرة أن الاجتهاد هو القياس ونسبه إلى الشافعي من كلام اشتبه عليه في كتاب الرسالة.

والذي قاله الشافعي في هذا الكتاب: أن معنى الاجتهاد معنى القياس.

يريد به أن كل واحد منهما يتوصل به إلى حكم غير منصوص عليه.

والفرق بين الاجتهاد والقياس: أن الاجتهاد هو ما وصفناه من أنه طلب الصواب بالأمارات الدالة عليه، والقياس هو الجمع بين الفرع والأصل لاشتراكهما في علة الأصل، فافترقا، غير أن القياس يفتقر إلى اجتهاد، وقد لا يفتقر الاجتهاد إلى القياس على ما سنوضحه فلذلك جعلنا الاجتهاد مقدمة للقياس.

والدليل على أن الاجتهاد له أصل يعتمد عليه في أحكام الشرع: أن النبي ﷺ قال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «بم تحكم؟ قال: بكتاب الله قال: فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله. قال: فإن لم تجد؟ قال أجتهد رأيي. فقال النبي ﷺ: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله، فدل على أن الاجتهاد عند عدم النص أصل في أحكام الشرع.

وإذا كان كذلك فالكلام في الاجتهاد يشتمل على أربعة فصول:

أحدها: فيمن يجوز له الاجتهاد.

والثاني: في وجوه الاجتهاد.

والثالث: فيما يجب بالاجتهاد.

والرابع: في حكم الاجتهاد.

[من يجوز له الاجتهاد]:

فأما الفصل الأول: فيمن يجوز له الاجتهاد فضربان:

أحدهما: مجتهد في عموم الأحكام.

والثاني: مجتهد في مخصوص منها.

المجتهد في جميع الأحكام:

فأما المجتهد في جميع الأحكام، فالمعتبر في جواز اجتهاده أربعة شروط:

أحدها: إشرافه على نصوص الكتاب والسنة فإن قصر في أحدها لم يجز أن يجتهد.

والثاني: علمه بوجوه النصوص في العموم والخصوص والمفسر والمجمل

والمقيد والمطلق على ما قدمناه من قبل فإن قصر فيها لم يجز أن يجتهد.

والثالث: الفطنة والذكاء ليصل به إلى معرفة المسكوت عنه من أمارات المنطوق به.

فإن قلت: فيه الفطنة والذكاء لم يصح منه الاجتهاد.

والرابع: أن يكون عارفاً بلسان العرب وموضوع خطابهم ومعاني كلامهم. لأن الكتاب والسنة وهما أصل الشريعة وردا بلسان العرب.

أما الكتاب مع ظهور لسانهم فيه فقد قال الله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَتَنزِيلُ رَبِّ الْعَالَمِينَ نَزَلَ بِهِ الرُّوحُ الْأَمِينُ... إلى قَوْلِهِ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ﴾ [الشعراء: ١٩٢: ١٩٥].

ولم يقل هذا على وجه الإخبار به، لأنه مشاهد.

والمراد به يحتمل أمرين.

أحدهما: أن لا ينقل إلى غيره من ألسنة الأمم المختلفة إبطالاً لمن جوز ذاك فيه.

والثاني: أنه ليس فيه من ألفاظ العجم شيء وإن اتفق لسان العرب والعجم في بعض الألفاظ، إبطالاً لقول من زعم أن في القرآن ألفاظاً أعجمية كالسندس، والاستبرق، والقسطاس.

وأما السنة في ورودها بلسان العرب فلقول الله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِ﴾ [إبراهيم: ٤] ولأن العرب أول من أنذر بالقرآن ودعوا إلى الإسلام وكلفوا الفروض والأحكام.

فإن قيل: فقد كان من تقدم من الأنبياء مبعوثاً إلى قومه خاصة فجاز أن يكون مبعوثاً بلسانهم ومحمد ﷺ مبعوث إلى جميع الأمم فلم صار مبعوثاً بلسان بعضهم؟ قيل لا تخلو رسالته إليهم من أن تكون بجميع ألسنتهم وهذا خارج عن العرف المستطاع أن يرد كل فرض في القرآن مكرراً بكل لسان.

وإذا خرج عن هذا ووجب أن يكون بأحد الألسن كان لسان العرب به أحق لثلاثة أمور:

أحدها: أنهم أول المخاطبين به.

والثاني: أن لسانهم أوسع وكلامهم أفصح.

والثالث: لفضل المتبوع على التابع ورسول الله ﷺ عربي النسب والدار واللسان وهو أفضل متبوع فكان لسانه متبوعاً أولى من أن يكون تابعاً.

وإذا كان كذلك كان معرفة لسان العرب فرضاً على كل مسلم من مجتهد وغير مجتهد.

إلا أن غير المجتهد يلزمه من فرضه ما اختص بتكليفه من الشهادتين وما تتضمن الصلاة من القراءة والأذكار ولا يلزمه معرفة ما عداه إلا بحسب ما يتدرج إليه في نوازله وأحكامه.

قال الشافعي «على كل مسلم أن يتعلم من لسان العرب ما بلغه جهده في أداء فرضه كما عليه أن يتعلم الصلاة والأذكار».

وأسقط أبو حنيفة معرفة لسان العرب في حقوق المكلفين، لأنه يبيح القراءة والأذكار بغير العربية.

فأما المجتهد فيلزمه في حقوق الاجتهاد أن يكون عارفاً بلسان العرب.

فإن قيل: فلسان العرب لا يحيط بعلم جميعه واحد من العرب فكيف يلزم المجتهد أن يكون محيطاً بلسان العرب.

قيل: لسان العرب وإن لم يحط به واحد من العرب فإنه يحيط به جميع العرب، والذي يلزم في حق المجتهد أن يكون محيطاً بأكثره ليرجع فيما عزب عنه إلى غيره أن جميع السنة لا يحيط بها واحد من العلماء وإنما يحيط بها جميع العلماء.

وإذا كان المجتهد محيطاً بأكثرها صح اجتهاده ليرجع فيما عزب عنه إلى من علم به.

فإذا تكاملت هذه الشروط الأربعة في المجتهد صح اجتهاده.

فإن قصد بالاجتهاد العلم صح اجتهاده، ولم تكن العدالة شرطاً فيه.

وإن قصد به الحكم أو الفتيا كانت العدالة شرطاً في نفوذ حكمه وقبول فتياه وإن لم تكن شرطاً في صحة اجتهاده.

[المجتهد في حكم خاص]:

وأما المجتهد في حكم خاص فصحة اجتهاده معتبرة بما يجتهد فيه.

فإن كان اجتهاده في القبلة إذا خفيت عليه كان الشرط في صحة اجتهاده صحة البصر ومعرفة دلائل القبلة.

وإن كان اجتهاده في العدالة والجرح كانت صحة اجتهاده معتبرة بأسباب الجرح والتعديل وما يراعي من غلبة أحدهما على الآخر في الصغائر وتغليب الحكم في الكبائر.

وإن كان اجتهاده في المثل من جزاء الصيد كانت صحة اجتهاده فيه معتبرة بمعرفة الأشباه في ذي المثل ومعرفة القيم في غير ذي المثل ثم على هذه العبرة فيما عداه.

فصل: فإذا استقر ما ذكرناه من شروط الاجتهاد المعتبرة في المجتهد تعلق به فصلان:

أحدهما: جواز اجتهاد الأنبياء.

والثاني: جواز الاجتهاد في زمان الأنبياء.

[جواز اجتهاد الأنبياء]:

فأما اجتهاد الأنبياء فقد اختلف فيه أهل العلم.

فذهب بعض الأئمة إلى أنه لا يجوز للأنبياء أن يجتهدوا ولا لنبينا ﷺ أن يجتهد لقدرتهم على النص بنزول الوحي عليهم وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ [النجم: ٣] ولأن النبي ﷺ توقف في إحرامه ولم يجتهد حتى نزل عليه القضاء وتوقف في اللعان حتى نزل عليه القرآن. وتوقف في ميراث الخالة والعمة حتى نزل عليه جبريل بأن لا ميراث لهما. ولو ساغ له الاجتهاد لسارع إليه ولم يتوقف.

وذهب جمهور أهل العلم وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن النبي ﷺ ولغيره من الأنبياء أن يجتهدوا لقوله تعالى ﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ﴾ [الأنبياء: ٧٨ ـ ٧٩] ولو لم يكن اجتهاد الأنبياء سائغاً وكان جميع أحكامهم نصاً لما أخطأ داود ولا أصاب سليمان. ولأن النبي ﷺ قد اجتهد في أسرى بدر وفيمن اشترط رده في صلح الحديبية.

فأما توقفه في اللعان وفي ميراث الخالة والعمة فليعلم هل ينزل عليه نص فلا يجتهد أو يتأخر عنه فيجتهد، ولأن جواز الاجتهاد فضيلة فلم يجز أن يدفع عنها الأنبياء وإنما الوحي بحسب الأصلح.

فإذا صح اجتهاده فقد اختلف أصحابنا في وجوبه وجوازه على وجهين:

أحدهما: أنه جائز، وليس بواجب، لأن للأحكام أصلاً هو الكتاب.

والوجه الثاني: أنه واجب عليه، لأن الأحكام مأخوذة من سُنَّتِهِ إذا خلا الكتاب منها.

وعندي أن الأصح من إطلاق هذين الوجهين أن يكون اجتهاده واجباً عليه في حقوق الآدميين، وجائزاً له في حقوق الله تعالى، لأنهم لا يصلون إلى حقوقهم إلا باجتهاده، فلزمه وإن أراد الله تعالى منه الاجتهاد في حقوقه أمره.

ثم إذا اجتهد فقد اختلف أصحابنا هل يستبيح الاجتهاد برأيه أو يرجع فيه إلى دلائل الكتاب؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يرجع في اجتهاده إلى الكتاب، لأنه أعلم بمعاني ما خفي منه من جميع أمته، فكان اجتهاده بياناً وإيضاحاً.

والوجه الثاني: وهو أظهر أنه يجوز أن يجتهد برأيه ولا يرجع إلى أصل من الكتاب، لأن سنته أصل في الشرع مثل الكتاب قد ندب الله تعالى إليها، فقال: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧] وروي عن النبي ﷺ أنه قال «إنما اجتهد رأيي فيما لم ينزل عليّ فيه شيء».

واختلف أصحاب الشافعي في عصمة اجتهاد الأنبياء من الخطأ على وجهين:

أحدهما: أنهم معصومون في اجتهادهم من الخطأ لتسكن النفس إلى التزام أوامرهم بانتفاء الخطأ عن اجتهادهم.

وهذا مقتضى الوجه الذي يقال فيه أنهم لا يجتهدون إلا عن دليل من نص.

والوجه الثاني: أنهم غير معصومين من الخطأ فيه لوجوده منهم لكن لا يقرهم الله تعالى عليه ليزول الارتياب به وإن جاز أن يكون غيرهم من العلماء مقراً عليه، لأن داود قد أخطأ في اجتهاده فاستدركه الله بأصابة سليمان، واجتهد رسول الله ﷺ في أسرى بدر بعد مشاورة أبي بكر وعمر، وأخذ منهم الفداء فأنكره الله تعالى عليه بقوله: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ﴾ [الأنفال: ٦٧].

وهذا مقتضى الوجه الذي يقال فيه إنهم يجوز أن يجتهدوا بالرأي من غير استدلال بنص.

وذهب ابن أبي هريرة إلى أن نبينا ﷺ معصوم الاجتهاد من الخطأ دون غيره من الأنبياء، لأنه لا نبي بعده يستدرك خطأه لانختام النبوة به وغيره من الأنبياء قد بعث بعده من يستدرك خطأه.

وهذا القول لا وجه له، لأن جميع الأنبياء غير مقرين على الخطأ في وقت التنفيذ ولا يمهلون فيه على التراخي حتى يستدركه نبي بعد نبي فاستوى فيه جميع الأنبياء.

فهذا حكم اجتهادهم في أحكام الدين.

فأما أمور الدنيا فيجوز على الأنبياء فيها الخطأ والسهو روي أن النبي ﷺ سمع ضجة بالمدينة فقال: ما هذا؟ قيل: إنهم يلقحون النخل. فقال: «وما ينفع ذلك أنهم لو تركوه لم يضرهم» فبلغهم ذلك فتركوه فقل حمل النخل فقال عليه السلام: «ما كان من أمر دينكم فردّوه إلي وما كان من أمر دنياكم فأنتم أعلم به».

فصل: جواز الاجتهاد في زمن الأنبياء:

وأما جواز اجتهاد غير الأنبياء في زمان الأنبياء كاجتهاد الصحابة في زمن الرسول ﷺ فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون المجتهد غائباً عن مدينة الرسول ﷺ غير قادر على سؤاله في وقته فله حالتان:

إحداهما: أن يكون له ولاية من رسول الله ﷺ كعلي ومعاذ حين بعثهما إلى اليمن داعيين إلى الإسلام وحاكمين بين الخصوم وواليين على الصدقات، فيجوز اجتهاد ذي الولاية في عصر الرسول ﷺ لأن معاذاً أخبر رسول الله ﷺ باجتهاد رأيه فاستصوبه وحمده. وسواء اجتهد في حق نفسه أو في حق غيره، ولا يلزمه إذ قدم على الرسول أن يسأله عما اجتهد فيه وإن كان سؤاله مستحباً، ويكون ما اجتهد فيه أثراً متبوعاً ما لم يرد عن الرسول ﷺ خلافه كما اتبع معاذ في قوله: «أيما رجل انتقل من مخلاف عشيرته إلى غير مخلاف عشيرته فعُشْرُهُ وصدقته في مخلاف عشيرته»[1] والمخلاف القرية. وإنما اختص المولى بذلك، لأن في الولاية إذناً بالاجتهاد فيما تضمنها.

والحالة الثانية: أن لا يكون للمجتهد ولاية فله حالتان:

إحداهما: أن يظفر بأصل من كتاب أو سنة فيجوز اجتهاده في الرجوع إلى الاستدلال بالظاهر منهما ولا يلزمه إذا قدم على الرسول أن يسأله عما اجتهد فيه، لأنه قد أخذ بأصل لازم.

والحالة الثانية: أن يعدم أصلاً من كتاب أو سنة فلا يجوز أن يجتهد في حق غيره لعدم ولايته.

فأما اجتهاده في حق نفسه: فإن كان فيما يخاف فواته جاز اجتهاده فيه وعليه إذا قدم على الرسول ﷺ أن يسأله عنه، وليس عليه أن يهاجر إليه لأجل السؤال.

وإن كان مما لا يخاف فواته ففي جواز اجتهاده وجهان:

أحدهما: لا يجوز أن يجتهد، لأنه لا يصح منه أن يشرع وعليه أن يسأل ليعمل بما كلف.

والوجه الثاني: يجوز أن يجتهد إذا كان من أهل الاجتهاد ويعمل باجتهاده لقول النبي ﷺ: «بعثت بالحنيفية السهلة السمحة البيضاء».

فعلى هذا في جواز تقليده في اجتهاده وجهان:

---

(١) البيهقي ٧/٩، ١٠.

أحدهما: لا يجوز لغيره ممن ليس من أهل الاجتهاد أن يقلد فيه لوجود ما هو أقوى منه فعلى هذا لا يلزم المجتهد إذا قدم على الرسول أن يسأله عما اجتهد فيه ولا يجوز أن يعمل به في المستقبل حتى يسأل إن حضر.

والوجه الثاني: يجوز لغيره أن يقلده كما يجوز أن يقلد العالم وإن وجد من هو أعلم منه فعلى هذا يلزم المجتهد إذا قدم على الرسول أن يسأله عما اجتهد فيه لئلا يصير مشرعاً بغير أصل.

والقسم الثاني: أن يكون المجتهد حاضراً في مدينة الرسول ﷺ وغائباً عن مجلسه.

فإن رجع في اجتهاده إلى أصل من كتاب أو سنة صح وجاز أن يعمل به ويفتي قد سأل العجلاني بعض الصحابة [بالمدينة][1] عن قذف امرأته بين أسماء فقال له: حدّ في جنبك إن لم تأت بأربعة شهداء، ثم سأل رسول الله ﷺ فأخبره بما قيل له فتوقف حتى نزلت عليه آية اللعان، ولم ينكر على العجلاني سؤال غيره، ولا أنكر على من أجابه مع حضوره.

وإن لم يرجع المجتهد إلى أصل من كتاب ولا سنة فقد جوز بعض أصحابنا اجتهاده وأنكره بعضهم.

ولا يعجبني واحد من القولين على الإطلاق.

والذي أراه أنه يصح اجتهاده في المعاملات ولا يصح اجتهاده في العبادات لأن العبادات تكليف يتوقف على الأوامر بها والمعاملات تخفيف تعتبر النواهي عنها.

والقسم الثالث: أن يكون المجتهد حاضراً في مجلس الرسول ﷺ فاجتهاده معتبر بأمر الرسول.

فإن أمره رسول الله ﷺ بالاجتهاد صح اجتهاده كما حكم ﷺ سعد بن معاذ في بني قريظة فحكم بقتل من جرت عليه المواسي واسترقاق من لم تجر عليه فقال رسول الله ﷺ هذا حكم من فوق سبعة أرقعة.

وإن لم يأمره بالاجتهاد لم يصح اجتهاده إلا أن يعلم به فيقره عليه فيصير بإقراره عليه صحيحاً كما قال أبو بكر بحضرة الرسول ﷺ في سلب القتيل وقد حصل مع غير قاتله: «لا هاء الله إذا تعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فنعطيك سلبه». فأقره رسول الله ﷺ على هذا القول فصح اجتهاده حين أقره عليه.

وقد اضطربت أجوبة أصحابنا في هذا الموضع، والأصح عندي ما ذكرناه.

---

(١) سقط في أ.

فصل: [وجوه الاجتهاد]:

وأما الفصل الثاني في وجوه الاجتهاد فهو لم يرد في الكتاب والسنة بيان حكمه، فقد قيل إن الذي تضمنه كتاب الله تعالى من الأحكام مشتمل على نحو خمسمائة آية، والذي تضمنته السنة نحو خمسمائة حديث، ونوازل الأحكام أكثر من أن تحصى ولا تقف على هذا العدد، ولا يجوز أن تكون الأمة مضاعة لا ترجع إلى أصل من كتاب ولا سنة توصلهم إلى العلم بأحكام النوازل، وقد قال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٤]، وروى المطلب بن حنطب أن رسول الله ﷺ قال: «ما تركت شيئاً مما أمركم به إلا وقد أمرتكم به ولا تركت شيئاً مما أنهاكم عنه إلا وقد نهيتكم عنه».

فدلت الآية في إكمال الدين ودل الخبر في استيفاء الأوامر والنواهي، على أن للأحكام المسكوت عنها أصولاً في الكتاب والسنة يتوصل بها إلى معرفة ما أغفل بيانه فيهما وهو الاجتهاد فيما تضمنها من الأمارات الدالة، واستخراج ما تضمنها من المعاني المستنبطة ليكون الدين قد كمل والأحكام قد وضحت، فإن النصوص على الحوادث معدول عن استيعابه لأمرين:

أحدهما: أنه شاق في الإحاطة بجميعه.

والثاني: ليتفاضل العلماء في استنباطه.

فصح بهذين المعنيين أن يكون الاجتهاد في الشرع أصلاً يستخرج به حكم ما لم يرد فيه نص ولا انعقد عليه إجماع.

وإذ قد مضى الاجتهاد في أعصار الأنبياء وجب أن يوضح اجتهاد العلماء فيما بعدهم، وهو ينقسم على ثمانية أقسام:

أحدها: ما كان حكم الاجتهاد مستخرجاً من معنى النص كاستخراج علة الربا من البر فهذا صحيح غير مدفوع عنه عند جميع القائلين بالقياس.

والقسم الثاني: ما كان مستخرجاً من شبه النص كالعبد في ثبوت تملكه لتردد شبهه بالحر في أنه يملك لأنه مكلف وشبهة البهيمة في أنه لا يملك، لأنه مملوك، وهذا صحيح وليس بمدفوع عنه عند من قال بالقياس، ومن لم يقل غير أن من لم يقل بالقياس جعله داخلاً في عموم أحد الشبهين، ومن قال بالقياس جعله ملحقاً بأحد الشبهين.

القسم الثالث: ما كان مستخرجاً من عموم النص كالذي بيده عقدة النكاح في قوله ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] يعم الأب والزوج، والمراد به أحدهما، وهذا صحيح يوصل إليه بالترجيح.

والقسم الرابع: ما كان مستخرجاً من إجمال النص كقوله في متعة الطلاق: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فصح الاجتهاد في إجمال قدر المتعة باعتبار حال الزوجين.

والقسم الخامس: ما كان مستخرجاً من أحوال النص كقوله في متعة الحج: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦] فأطلق صيام الثلاثة في الحج، فاحتمل قبل عرفة وبعدها وأطلق صيام السبعة إذا رجع فاحتمل إذا رجع في طريقه وإذا رجع إلى بلده فصح الاجتهاد في تغليب إحدى الحالتين.

القسم السادس: ما كان مستخرجاً من دلائل النص: كقوله في نفقة الزوجات: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] الآية فاستدللنا على تقدير نفقة الموسر بمُدين بأنه أكثر ما جاءت به السنة في فدية الأذى لكل مسكين مدين. واستدللنا على تقدير نفقة المعسر بمد بأقل جاءت به السنة في كفارة الوطء في شهر رمضان لكل مسكين مداً.

والقسم السابع: ما كان مستخرجاً من أمارات النص كاستخراج دلائل القبلة فيمن خفيت عليه من قوله: ﴿وَعَلَامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ﴾ [النحل: ١٦] فصح الاجتهاد في القبلة بالأمارات الدالة عليها من هبوب الرياح ومطالع النجوم.

والقسم الثامن: ما كان مستخرجاً من غير نص ولا أصل فقد اختلف في صحة الاجتهاد فيه بغلبة الظن على وجهين:

أحدهما: لا يصح الاجتهاد بغلبة الظن حتى يقترن بأصل: لأنه لا يجوز أن يرجع في الشرع إلى غير أصل، وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعي.

ولذلك أنكر القول بالاستحسان؛ لأنه تغليب ظن بغير أصل.

والوجه الثاني: يصح الاجتهاد به؛ لأن الاجتهاد في الشرع أصل فجاز أن يستغني عن أصل، وقد اجتهد العلماء في التعزير على ما دون الحدود بأرائهم في أصله من ضرب وحبس، وفي تقديره بعشر جلدات في حال، وبعشرين في أخرى، وبثلاثين في أخرى، وليس لهم في هذه المقادير أصل مشروع.

والفرق بين الاجتهاد بغلبة الظن وبين الاستحسان: أن الاستحسان يترك به القياس والاجتهاد بغلبة الظن يستعمل مع عدم القياس.

فصل: [ما يجب في الاجتهاد]:

وأما الفصل الثالث فيما يجب في الاجتهاد: فالذي يجب على المجتهد أن يقصد

باجتهاده طلب الحق عند الله تعالى وإصابة العين التي يجتهد فيها هذا هو الظاهر من مذهب الشافعي والمعول عليه من مذهبه.

ويشبه أن يكون من مذهب المزني أن عليه أن يقصد باجتهاده طلب الحق عند نفسه، لأن ما عند الله لا يعلم إلا بالنصوص.

والذي هو الظاهر من مذهب الشافعي أن عليه أن يقصد طلب الحق عند الله تعالى لأن الحق ما كان عنده حقاً لا عند غيره.

وعلى كلا المذهبين عليه أن يتوصل باجتهاده إلى طلب الحق وإصابة العين فيجمع فيه بين هذين الشرطين.

وقال بعض أهل العراق من الفقهاء والمتكلمين: إن الذي على المجتهد هو الاجتهاد ليعمل بما يؤديه إليه اجتهاده فيجعلون عليه الاجتهاد ولا يجعلون عليه طلب الحق بالاجتهاد.

ويقال إنه مذهب أبي يوسف.

فأما أبو حنيفة فيقال: إن مذهبه فيه مختلف يجعل عليه في بعض الأحكام طلب الحق بالاجتهاد كقولنا، ويجعل عليه في بعض الأحكام الاجتهاد ليعمل بما يؤديه إليه اجتهاده كقول أبي يوسف.

وقد اختلطت مذاهب الناس في هذا حتى التبست واشتبهت.

واستدل من أوجب عليه الاجتهاد ولم يوجب عليه طلب الحق بالاجتهاد وهو مذهب من جعل عليه الاجتهاد بغير أصل بأن ما أخفاه الله تعالى فلا طريق لنا إلى إظهاره وفي التزامه تكليف ما خرّج عن الاستطاعة كإحياء الأجسام وقلب الأعيان.

وهذا فاسد، لأن الاجتهاد استدلال والحكم هو الحق المطلوب به فلم يجز أن يختص الوجوب بالاستدلال دون الحكم المطلوب، لأن الاستدلال مقصود بمدلول عليه وقد نصب الله تعالى على ما أخفاه أمارات توصل إليه فلم يخرج عن الاستطاعة.

فصل: [في حكم الاجتهاد]:

وأما الفصل الرابع في حكم الاجتهاد فليس يخلو حال الحكم المجتهد فيه من أن تتفق عليه أقاويل المجتهدين أو تختلف.

فإن اتفقت عليه أقاويلهم صار إجماعاً تعين فيه الحق وسقط فيه الاجتهاد من بعده كسقوط الاجتهاد مع نصوص الكتاب والسنة لأن الإجماع حجة قاطعة بعد الكتاب أو السنة.

وإن اختلفت فيه أقاويل المجتهدين فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الاختلاف في أصول التوحيد وصفات الذات، فالحق فيها واحد وهو الذي كلف العباد طلبه، وما عداه باطل فمن أصابه فقد أصاب عند الله وأصاب في الحق ومن أخطأه فقد أخطأ عند الله وأخطأ في الحق. وهذا قول جمهور الفقهاء والمتكلمين.

وشذ عنهم عبيد الله بن الحسن العنبري فجعل كل مجتهد مصيباً في الأصول والفروع.

والجمع بينهما خطأ فاحش، لأن أصول التوحيد وصفات الذات لا تختلف فلم يصح تجويز الاختلاف فيها، وأحكام الشرع قد تختلف بحسب المصالح في الأعيان والأزمان فجاز أن يكون الخلاف مسوغاً فيها.

والضرب الثاني: من اختلاف المجتهدين: أن يكون في الأحكام الشرعية من العبادات والمعاملات كاختلاف الصحابة في أحكام الصلاة والزكاة والصيام وفي مقاسمة الإخوة للجد وفي توريث الجدة وابنها حي وفيمن قال لامرأته: أنت علي حرام وما أشبه ذلك.

فقد اختلف الفقهاء والمتكلمون في هذا الاختلاف:

فذهب أكثر المتكلمين إلى أن الحق في جميعها، وإن كل مجتهد فيها مصيب عند الله ومصيب في الحكم؛ لأن جواز اختلاف الجميع دليل على صحة الجميع.

وذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء إلى أن الحق في أحدها وإن لم يتعين لنا فهو عند الله متعين؛ لاستحالة أن يكون الشيء الواحد في الزمان الواحد في الشخص الواحد حلالاً وحراماً؛ لأن ما حل لشخص في حال لم يكن حراماً عليه في تلك الحال لتنافيه وتناقضه، ولأن المختلفين في اجتهادهم في القبلة إلى أربع جهات لا يدل على أن القبلة في الجهات الأربع.

وإذا ثبت أن الحق في أحدها وإن لم يتعين فقد اختلف الفقهاء: هل كل مجتهد فيها مصيب أم لا.

فمذهب الشافعي وما ظهر منه في أكثر كتبه أن المصيب منها واحد، وإن لم يتعين وإن جميعهم مخطىء إلا ذلك الواحد، فمن أصاب الحق فقد أصاب عند الله وأصاب في الحكم، ومن أخطأ الحق فقد أخطأ عند الله، وأخطأ في الحكم.

وهذا مذهب مالك؛ لأن الحق لما كان في واحد لم يكن المصيب إلا واحداً.

وقال أبو يوسف وطائفة من أهل العراق: كل مجتهد مصيب وإن كان الحق في

واحد فمن أصابه فقد أصاب عند الله وأصاب في الحكم. ومن أخطأه فقد أخطأ عند الله وأصاب في الحكم.

وقد حكي هذا القول عن الشافعي بعض أصحابه، لأن له في وجوب القضاء على من تيقن الخطأ في القبلة قولين فمنهم من أثبته وخرّجه قولاً ثانياً، ومنهم من أنكره.

وقيل: إن مذهب أبي حنيفة في هذا مختلف فيجعل في بعض المسائل كل مجتهد مصيباً، وأن كان الحق في واحد كقول أبي يوسف، ويجعل في بعض المسائل كل مجتهد مخطئاً إلا واحداً، لأن الحق واحد كقولنا.

ولو كان كل مجتهد مصيباً ما أخطأ مجتهد، وقد نسب الله تعالى نبيه داود إلى الخطأ وسليمان إلى الإصابة بقوله تعالى: ﴿ففهمناها سليمان﴾ وقال النبي ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر» فنسبه إلى الخطأ وإن جعل له أجراً.

فإن قيل: فلو اختلفا في الإصابة لما شورك بينهما في الأجر.

قيل: ولو اتفقا في الإصابة لما فوضل بينهما في الأجر.

وقد خطأ الصحابة بعضهم بعضاً فيما اختلفوا فيه: فقال ابن عباس: «ألا لا يتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أبا الأب أباً» وقال في العول «من شاء باهلته عند الحجر الأسود، والذي أحصى رمل عالج عدداً ما جعل الله في المال نصفين وثلثاً، هذان النصفان قد ذهبا بالمال فأين الثلث» وقال علي لعمر في المجهضة حين قال له عثمان وعبد الرحمن: لا شيء عليك إنما أنت معلم فقال له علي: إن كانا ما اجتهدا فقد غشا وإن كانا قد اجتهدا فقد أخطأ فعليك الدية فلم ينكروا خطأ المجتهد.

فإن قيل: لما استجازوا أن يولوا من خالفهم في الاجتهاد دلّ على أن كل مجتهد مصيب، ولو كان مخطئاً لما استجازوا تولية مخالف، قيل قد أنكر علي على شريح حين خالفه في ابني عم أحدهما أخ لأم، وقال: عليَّ بالعبد الأبطر وعزله عن القضاء.

على أن نفوذ الاجتهاد عين الحكم، وقد يجوز أن يتفقا عليه وقت الحكم.

ولأن تصويب كل المجتهدين يؤدّي إلى تصويب من نفي تصويب المجتهدين فصار ما ذهب إليه من التصويب راجعاً عليه في إبطال التصويب. فإذا صحّ أن جميعهم مخطىء في الاجتهاد إلا واحداً هو المصيب منهم وإن كان غير متعين فالمصيب منهم مأجور على الاجتهاد وعلى الصواب، وأما المخطىء فغير مأجور على الخطأ.

واختلف في أجره على الاجتهاد:

فمذهب الشافعي أنه مأجور عليه وإن أخطأ فيه لقصد الصواب وإن لم يظفر به.

وقال الأصم وابن علية هو مأثوم على الاجتهاد لخطئه فيه.

وقالت طائفة من أهل العراق: ليس بمأجور عليه ولا مأثوم فيه.

ودليلنا قول النبي عليه السلام: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر».

وكان شيخنا أبو القاسم الصيمري لأجل هذا يقول: إن كل مجتهد مصيب في أنه أدى ما كلف من الاجتهاد، مخطىء للحكم الذي أراده الله تعالى إلا واحداً. وليس هذا بصحيح لأنه كلف الاجتهاد المؤدي إلى الصواب ولم يكلف الاجتهاد المؤدي إلى الخطأ، وإنما استحق الأجر بنيته في طلب الحق وبما تكلفه من الاجتهاد الذي اعتقد أنه حق وإن لم يكن بحق.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «نية المرء من خير من عمله»[1].

وفيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أن نيته في الاجتهاد خير من خطئه في الاجتهاد.

والثاني: يعني أن نيته خير من خيرات عمله.

والثالث: أن النية أوسع من العمل؛ لأنها تسبق الأقوال والأفعال فيعجل الثواب عليها.

فصل: [الاستنباط]

وأما الاستنباط: وهو المقدمة الثانية من مقدمتي القياس فهو من نتائج الاجتهاد فكان فرعاً له واصلاً للقياس؛ لأن الوصول إلى استنباط المعاني تلو الاجتهاد في الدلائل، وصحة القياس تكون بعد استنباط المعاني، فلذلك صار الاستنباط فرعاً للاجتهاد واصلاً للقياس.

والاستنباط مختص باستخراج المعاني من ألفاظ النصوص، مأخوذ من استنباط الماء الذي استخرج من معدنه، ومنه سمي النبط لاستنباطهم الماء بالاستخراج له من معادنه.

وقد جعل الله تعالى للأحكام أعلاماً هي أسماء ومعانٍ.

فالأسماء ألفاظ ظاهرة تعرف بالبديهة.

والمعاني علل باطنة تعرف بالاستنباط.

فيكون الحكم بالاسم مقصوراً عليه وبالمعنى متعدياً عنه، فصار معنى الاسم أحق بالحكم من الاسم، لعموم المعنى بالتعدي، وخصوص الاسم بالوقوف.

ولئن كانت المعاني تابعة للأسماء، لأنها مستودعة فيها فالأسماء تابعة لمعانيها

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ٦/ ٢٢٨ وأبو نعيم في الحلية ٣/ ٢٥٥ والخطيب في التاريخ ٩/ ٢٣٧ والشوكاني في الفوائد المجموعة (٢٥٠).

لتعديها إلى غيرها، فإن توزعنا في تعليق الأحكام بالمعاني كان يدل عليه في إثبات القياس كافياً.

وإذا كان كذلك وجب أن يستنبط معاني الأحكام بالاجتهاد ليعلم بالقياس حكم ما لم يرد فيه نص من معاني ما ورد فيه النص، فما وجد فيه معنى النص شاركه في حكمه قياساً، وما عدم فيه معنى النص خالفه في حكمه عكساً فيكون القياس موجباً لحكم الإثبات في الطرد وحكم النفي في العكس.

ومن أصحابنا من جعله موجباً لحكم الطرد في الإثبات ولم يجعله موجباً لحكم العكس في النفي، وهو قول من اعتبر صحة العلة بالطرد دون العكس وذاك قول من اعتبر صحتها بالطرد والعكس.

والفرق بين المعاني والعلل: أن المعنى ما وجب به الحكم في الأصل حتى تعدى إلى الفرع. والعلة اجتذاب حكم الأصل إلى الفرع. فصار المعنى ما ثبت به حكم الأصل، والعلة ما ثبت بها حكم الفرع. ثم هما بعد هذا الفرق يجتمعان من وجهين ويفترقان من وجهين:

فأما الوجهان في الاجتماع.

فأحدهما: أن حكم الأصل موجود في المعنى والعلة.

والثاني: أن المعنى والعلة موجودان في الأصل والفرع.

وأما الوجهان في الافتراق.

فأحدهما: أن العلة مستنبطة من المعنى وليس المعنى مستنبطاً من العلة لتقدم المعنى وحدوث العلة.

والثاني: أن العلة قد تشتمل على معانٍ والمعاني لا تشتمل على علل، لأن الطعم والجنس معنيان وهما علة الربا.

وقد ألف الفقهاء أن يعبروا عن المعنى بالعلة وعن العلة بالمعنى ولا يوقعوا بينهما فرقاً إما اتساعاً وإما استرسالاً.

والتحقيق فيهما ما ذكرناه من الفرق بينهما.

فإذا تقررت هذه الجملة وجب على المجتهد في استنباط المعاني والعلل أربعة شروط تعتبر بها صحتهما ثم تختص العلل دون المعاني بشرطين مختلف فيهما.

[شروط صحة المعاني والعلل]:

فأما الشروط الأربعة المعتبرة في صحتهما:

فأحدها: أن يكون المعنى مؤثراً في الحكم، فإن لم يؤثر لم يجز أن يكون معنى للحكم ولا علة له، فإن النبي ﷺ لم يرجم ماعزاً لاسمه ولا لهيئة جسمه، ولكن رجمه للزنا فصار الزنا علة الرجم، كما أثبت النبي ﷺ الربا في البُر ليس، لأنه مزروع ولكن لأنه مطعوم فكان الطعم علة الربا دون الزرع.

والشرط الثاني: أن يسلم المعنى والعلة على الأصول ولا يردّهما نص ولا إجماع؛ لأن القياس فرع لهما يستعمل عند عدمهما فلم يجزان يكون رافعاً لهما، فإذا رده أحدهما بطل.

والشرط الثالث: أن لا يعارضهما من المعاني والعلل ما هو أقوى منهما فإن الأقوى أحق بالحكم من الأضعف كما أن النص أحق بالحكم من القياس، وما أدى إلى إبطال الأقوى فهو الباطل بالأقوى.

والشرط الرابع: أن يطرد المعنى والعلة فيوجد الحكم بوجودهما فيسلما من نقض أو كسر.

فإن عارضهما نقض أو كسر فعدم الحكم مع وجودهما فسد المعنى وبطلت العلة، لأن فساد العلة يرفعها وفساد المعنى لا يرفعه، لأن المعنى لازم والعلة طارئة؛ لأن الكيل إذا بطل أن يكون علة الربا في البر لم يبطل أن يكون الكيل باقياً في البر فيصير التعليل باطلاً والمعنى باقياً.

ولا يجوز تخصيص المعاني والعلل المستنبطة ليسلم من النقض المعترض ويكون دخول النقض عليهما بارتفاع الحكم مع وجودهما دليلاً على فسادها.

فأما العلل المنصوص عليها فقد اختلف أصحابنا في جواز تخصيصها على وجهين:

أحدهما: لا يجوز تخصيصها اعتباراً بالعلل المستنبطة.

والوجه الثاني: يجوز تخصيصها؛ لأنها لفظ منطوق به فجرى مجرى تخصيص العموم، كما علل رسول الله ﷺ المنع من بيع التمر بالرطب؛ لأنه ينقص إذا يبس، وجوز بيع التمر بالرطب في العرايا وإن نقص إذا يبس.

وحكي عن أبي حنيفة: أنه جوز تخصيص العلل المستنبطة والمنصوص عليها ولا يفسدها بمعارضة النقض، لخروجه منها بالتخصيص، استدلالاً بأنه لما جاز تخصيص العموم كان تخصيص العلل أولى؛ لأنها قد تستنبط من عموم مخصوص هي له فرع وهو لها أصل. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان سلامة الطرد معتبراً في العلل العقلية وجب أن يكون معتبراً

في العلل الشرعية، لأن أحكام الشرع لا تخرج عن قضية العقل.

والثاني: أن العلة إذا عارضها نقض لم يكن التعليل بالمنتقض أولى من التعليل بالناقض؛ فتعارضا بهذه المقابلة، فوجب العدول عنها إلى ما لا تعارض فيه.

فإذا تكاملت هذه الشروط الأربعة في المعاني والعلل المستنبطة صحت المعاني بها.

وكان صحة التعليل بعدها مختلفاً فيه لاختلاف أصحابنا في شرطين هل يعتبران في تصحيح العلل أم لا:

أحدالشرطين: عكس العلة هل يكون معتبراً في صحتهما كما اعتبر في صحتها الطرد؟ وفيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وطائفة معه: أنه لا يعتبر فيها صحة العكس، وأنه إذا ثبت الحكم بوجودها صحت وإن لم يرتفع بعدمها، لأن المقصد بها إثبات الحكم دون نفيه وكما يصح المعنى إذا طرد ولم ينعكس.

والوجه الثاني: أن صحة العكس معتبر فيها، فإذا ثبت الحكم بوجودها ولم يرتفع بعدمها فسدت العلة، وإن لم يفسد المعنى؛ لأن علل الشرع معتبرة بعلل العقل في الطرد والعكس ولأن عدم التأثير في ارتفاعها يدل على عدم التأثير في وجودها، ويكون الفرق بين المعنى والعلة في اعتبار العكس ما قدمناه من الفرق.

والشرط الثاني: المختلف فيه وقوف العلة على حكم النص وعدم تأثيرها فيما عداه، كوقوف علة الربا في الذهب والفضة عليهما تعليلاً بأنهما أثمان وقيمة وهو معنى لثبوت الربا فيهما.

واختلف أصحابنا هل تكون علة لثبوت الربا فيهما؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي بكر القفال وأشار إليه في أصوله: لا تكون علة؛ لأن العلة ما جذبت حكم الأصل إلى فروعه، ويجعل ثبوت الربا في الذهب والفضة بالاسم دون المعنى.

والوجه الثاني: وهو قول الجمهور أنها علة وإن لم تتعد عن حكم الأصل، لأن وقوفها يوجب نفي حكم الأصل عن غيره وكما أوجب تعديها ثبوت حكم الأصل في غيره فصار وقوفها مؤثراً في النفي كما كان تعديها مؤثراً في الإثبات فاستفيد بوقوفها وتعديها حكم غير الأصل. فعلى هذا يكون ثبوت الربا في الذهب والفضة بالمعنى دون الاسم.

فصارت صحة المعاني معتبرة بأربعة شروط، وفي صحة العلل وجهان:

أحدهما: تعتبر صحتها بأربعة شروط كالمعاني.

والوجه الثاني: تعتبر صحتها بستة شروط لما قدمناه من فرق بين المعاني والعلل.

فصل: [إثبات العلة بالاستنباط وطرق الاستدلال]

فإذا تقرر ما ذكرنا من الشروط المعتبرة في صحة المعاني والعلل وجب على المستنبط أن يعتبر بها حكم الأصل في الكشف عن معانيه.

فإن لم يجد فيها ما يؤثر في الحكم كأعداد الركعات ونصب الزكوات علم أن معانيه غير معقولة وأن الحكم فيها مقصور على النص ومعتبر بالاسم.

وإن وجد في معنى الأصل ما يكون مؤثراً في الحكم سير جميع معانيه ولم يقتصر على المعنى الأول لجواز أن يكون بعده ما هو أقوى منه ليكون حكم الأصل معتبراً بأقوى معانيه.

وإذا كان كذلك لم تخل معاني الحكم في الأصل من أن يكون الحكم متعلقاً بجميعها أو ببعضها: -

فإن تعلق الحكم بجميع معاني الأصل كالربا في الذهب والفضة فهي العلة الواقفة وهل يكون ثبوت الحكم في الأصل بالمعنى أو بالاسم؟ على ما ذكرنا من الوجهين:

وإن تعلق الحكم ببعض معانيه فهو على ضربين:

أحدهما: أن يصح تعليق الحكم بأحد معانيه.

والثاني: أن لا يصح.

فإن صحّ تعليق الحكم بأحدها فهو على ضربين:

أحدهما: أن يسلم من معارضته بمعنى آخر، فيكون الحكم ثابتاً بذلك المعنى، ويصير المعنى في الأصل علة في حكم الفرع.

والضرب الثاني: أن تتعارض معاني الأصل في جواز إثبات الحكم بكل واحد منهما فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تتفق أحكامها في الفروع فيوجب كل واحد منهما مثل ما يوجبه غيره فيكون المستنبط مخيراً بين تعليق الحكم بأيها شاء كما يجوز أن يثبت حكم الأصل بأي دلالة شاء.

والضرب الثاني: أن تختلف أحكام المعاني في الفروع، فيوجب كل واحد منهما غير ما يوجبه الآخر، كتعليل الربا في البُرّ بأنه مقتات، وبأنه مأكول، وبأنه مكيل،

ولكل واحد من هذه المعاني فروع يجتذبها ليست في غيره.

فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون أحدها داخلاً في الآخر، فيكون الحكم معتبراً بالمعنى الأعمّ دون الأخص، كتعليل الربا في البُرّ بأنه مقتات، وتعليله بأنه مأكول، والقوت يدخل في المأكول، فكان تعليله بالأكل أولى من تعليله بالقوت، لعموم الأكل وخصوص القوت.

والضرب الثاني: أن لا يدخل أحدهما في الثاني: كالتعليل بالأكل والتعليل بالكيل فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون أحد المعنيين أكثر فروعاً من الآخر فيكون أكثرهما فروعاً أولى وتعليل الحكم به أحق لكثرة بيانه بكثرة فروعه.

والضرب الثاني: أن تتقارب فروعهما، فهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون شواهد أكثر الأصول مع أحدهما وشواهد أقلها مع الآخر فيكون أكثرهما شواهد أولى، وتعليل الحكم به أحق، لقوته بكثرة شواهده.

والضرب الثاني: أن تتساوى شواهد الأصول لكل واحد منهما ولا يترجح أحدهما على الآخر بشيء، فيتعلق حكم الأصل بكل واحد من المعنيين، ويكون اجتماعهما معاً علة في فروع الأصل، لقوة العلة باجتماعهما واستيعابهما لفروعهما.

فأما إذا لم يصح تعليق حكم الأصل بأحد معانيه لدخول الكسر عليه وجب أن يضم إليه معنى آخر من معاني الأصل فيجمع فيه بين معنيين.

فإن سلما بالاجتماع من كسرٍ يدخل عليهما صارا جميعاً معنى الحكم في الأصل وعلة الحكم في الفرع.

وإن لم يسلم المعنيان من كسر ضممت إليهما معنى ثالثاً.

فإن سلمت المعاني الثلاثة صار جميعها معنى الحكم في الأصل وعلة الحكم في الفرع.

وإن لم نسلم الثلاثة من كسر ضممت إليها رابعاً.

فإن لم تسلم ضممت إليها خامساً كذلك أبداً حتى تجمع بين معاني الأصل فيتبين باجتماع معانيه وقوف حكمه وعدم تعديه.

ومنع أبو حنيفة من تعليق الحكم بما لم تتعد معانيه وأبطل به العلة الواقفة.

وحصر بعض أصحابه معاني العلة ومنع من تعليق الحكم بأكثر من أربعة أوصاف، وفيما قدمناه بيان وبرهان.

فأما إن تعارض التعليق بمعنيين أحدهما منصوص عليه والآخر مستنبط كان معنى النص أولى من معنى الاستنباط كما يكون الحكم بالنص أولى من الحكم بالاجتهاد.

وذلك مثل تعليل مال الفيء تعالى: ﴿كَيْلَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ﴾ [الحشر: ٧] وتعليل تحريم الخمر بقوله: ﴿إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة وَالْبَغْضَاءَ﴾ [المائدة: ٩١] الآية وكما قال رسول الله ﷺ في تحريم ادخار لحوم الأضاحي بعد ثلاث: «إنما نهيتكم لأجل الدافةِ» وكما علل بيع التمر بالرطب بأن قال حين سئل عنه: «أينقص إذا يبس» قيل: نعم قال: فلا إذن.

فهذا التعليل كله عن نصوص لا يجوز أن تدفع بعللٍ مستنبطة.

فصل: تعريف القياس:

فإذا ثبت ما ذكرنا من مقدمتي القياس من الاجتهاد والاستنباط فالقياس موضوع لطلب أحكام الفروع المسكوت عنها من الأصول المنصوص عليها بالعلل المستنبطة من معانيها؛ ليلحق كل فرع بأصله؛ حتى يشركه في حكمه، لاشتراكهما في المعنى والجمع بينهما بالعلة فصار القياس إلحاق الفرع بالأصل بالعلة الجامعة بينهما في الحكم.

وفيما أخذ منه اسم القياس وجهان:

أحدهما: أنه مأخوذ في اللغة من المماثلة من قولهم: هذا قياس هذا أي مثله؛ لأن القياس هو الجمع بين المتماثلين في الحكم.

والوجه الثاني: أنه مأخوذ في اللغة من الإصابة من قولهم: قست الشيء إذا أصبته، لأن القياس يصيب به الحكم.

حجية القياس:

والقياس: أصل من أصول الشرع وحجة تستخرج بها أحكام الفروع المسكوت عنها، يجب العمل به عند عدم النصوص والإجماع، والنصوص في الأحكام متعلقة بمعانيها إذا عقلت وبالأسماء إذا جهلت، ويكون اختلافها على حسب ما ورد به الشرع بها.

وهذا قول جمهور الفقهاء والمتكلمين وإن اختلفوا في طريق إثباته فأثبته أكثرهم دليلاً، وأثبته شاذ منهم دليلاً بالعقل.

وذهبت طائفة إلى إبطال القياس، وأنه لا يجوز أن يعمل به في الشرع، ولا

يستدل به على حكم في فرع، وأن الأحكام متعلقة بالأسماء دون المعاني.

وهذا قول النظام وداود والقاساني والمغربي والنهربيني والشيعة.

واختلفوا في طريق نفيه.

فنفاه بعضهم بالعقل.

ونفاه بعضهم بالشرع.

ونفاه داود بأن الشرع لم يرد به ولو ورد به لجاز أن يكون دليلاً فيه.

وهذا خلاف حدث منهم في نفيه بعد أن تقدم بإثباته إجماع الصحابة والتابعين استدلالاً من وجهين ظاهر منقول ومعنى معقول.

فأما الظاهر: فمن وجهين: الكتاب والسنة.

فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾ [الحشر: ٢].

وفي الاعتبار وجهان:

أحدهما: أنه مأخوذ من العبور، وهو تجاوز المذكور إلى غير المذكور، وهذا هو القياس.

والثاني: أنه مأخوذ من العبرة: وهي اعتبار الشيء بمثله ومنه عبرة الخراج أن يقاس خراج عام بخراج غيره في المماثلة.

وفي كلا الوجهين دليل على القياس، لأنه أمر أن يستدل بالشيء على نظيره وبالشاهد على الغائب.

وقال تعالى: ﴿وَضَرَبَ لَنَا مَثَلاً وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ، قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ﴾ [يس: ٧٨ ـ ٧٩].

فجعل خلق الأشياء دليلاً على أحياء الموتى، وهذا قياس يستمر في قضايا العقول، ولولا القياس ما صار دليلاً.

وقال تعالى: ﴿ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلاً مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاء فِيمَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَواءٌ﴾ [الروم: ٢٨].

فجعل عبيدنا لما لم يشاركونا في أملاكنا دليلاً على أن ما خلق لا يجوز أن يشاركه في عبادته، وبقياس العقل صار هذا دليلاً.

وقال تعالى: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِيْنَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣].

فأولو الأمر هم العلماء والاستنباط هو القياس، فصارت هذه الآية كالنص في إثباته.

وقال تعالى: ﴿مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنعام: ٣٨].

وقال: ﴿تِبْيَاناً لِكُلِّ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٨٩].

فدل على أن ليس من حادثة إلا ولله فيها حكم قد بينه من تحليل أو تحريم وأمر ونهي.

وقد تجد أكثر الحوادث غير منصوص على أحكامها والمسكوت عنه أكثر من المذكور فدلّ على أن ما أخفاه مستنبط مما أبداه وأن الجلي دليل على الخفي لنص الكتاب تبياناً لكل شيء وما فرط فيه من شيء فتكمل بقياس السمع أحكام الدين كما كمل بقياس العقل أحكام الدنيا.

وأما السنة: فقول النبي ﷺ لمعاذ حين قلده قضاء اليمن: «بم تحكم؟» قال: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد قال: بسنة رسول الله، فإن لم تجد؟ قال: اجتهد رأيي قال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله».

فدل على جواز الاجتهاد في الأحكام عند عدم النص وأن كل الأحكام ليست مأخوذة عن نص فصار القياس أصلاً بالنص.

فإن قيل: فالقياس أصل في الشرع، وهذا خبر واحد لا تثبت به الأصول الشرعية؟ قيل: قد تلقته الأمة بالقبول فجرى مجرى التواتر.

وقال النبي ﷺ لعمر عليه السلام حين سأله عن قبلة الصائم: «أرأيت لو تضمضمت؟» فجعل القبلة بغير إنزال قياساً على المضمضة بغير ازدراد.

وأتاه رجل فقال: يا رسول الله إن لي أولاداً بيضاً وفيهم أسود فما باله من بينهم فقال له النبي عليه السلام: «ألك إبل عبس؟» يعني بيضاً فقال: نعم فقال: «فهل فيها من أورق؟» قال: نعم قال: «فمن باله من بينهم؟» قال: لعل عرقاً نزعه قال: «فلعل عرقاً نزع هذا» فاعتبر اختلاف ألوان أولاده باختلاف ألوان نتاجه فقاس أحدهما على الآخر.

ولأنه ﷺ رجم ماعزاً حين زنا لعله دليلاً على رجم غيره من الزنا قياساً عليه.

وقال عليه السلام في بيع التمر بالرطب: أينقص إذا يبس قيل نعم قال: فلا إذن.

وقيل له لما أراد أن يقطع الأبيض بن حمال ملح مأرب: أنه كالماء العيد قال: «فلا إذن». فعلل الأحكام بالمعاني.

ولأن الصحابة قد أجمعت على القياس عند اختلافهم في توريث الإخوة مع الجد

فجعله من أسقط به ميراث الإخوة كالأب في إسقاطهم اعتباراً بأن ابن الابن كالابن في إسقاطهم وجعله من ورث الإخوة معه كالأب لا يسقط بنسوة وشبهه بشجرة ذات أغصان وبوادٍ سال منه شعبان وجعله قياساً معتبراً فيه.

وأوجبوا نفقة الأب في حال عجزه قياساً على نفقة الابن.

وكتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري عهده على قضاء البصرة: «الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك ليس في كتاب ولا سنة، فاعرف الأمثال والأشباه، وقس الأمور بنظائرها».

وانتشر هذا العهد في الصحابة فما أنكره منهم أحد فدل على أنهم مجمعون على إثبات القياس قولاً وعملاً، وهم القدوة المتبعون، والنقلة المطاعون، نأخذ عنهم ما تحملوه، ونقتدي بهم فيما فعلوه، وقد اجتهدوا وقاسوا.

ولو كانت الأحكام نصوصاً كلها لنقلوها وعدلوا عن الاجتهاد فيها، كما عدلوا عن اجتهادهم في دية الجنين، حين روى حمل بن مالك أن النبي ﷺ «قضى فيه بغرة عبد وأمة» وعدلوا عن المخابرة حين روى رافع بن خديج النهي عنها، ليس يدفع مثل هذا الحجاج إلا ببهتٍ أو عناد.

[أدلة القائلين بحجية القياس]:

فأما الاستدلال بالمعاني المعقولة فمنها:

أن النص لم يحط بجميع الأحكام ولا يخلو ما عدا أحكام النصوص من الفروع والحوادث من أن يكون لله تعالى فيها حكم أو لا يكون.

ولا يجوز أن يقال: لا حكم له فيها وقد قال: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٤].

وإذا كان له فيها حكم لم يخل من أن يكون معلوماً أو مجهولاً.

فلم يجز أن يكون مجهولاً؛ لأن التزام المجهول ممتنع لتردده بين ضدّين.

وإذا كان معلوماً لم يجز أن يحمل جميعها على الإباحة، لأن فيها محظوراً، ولا على الحظر، لأن فيها مباحاً.

ولا يتميز المباح والمحظور إلا بدليل.

وهذا يوجب أن يكون في غير النص دليل.

وليس بعد النص إلا القياس على النص.

فإن منعوا أن تختلف أحكام ما عدا النص، وحملوا جميعها على الحظر عند عدم

السمع أو على الإباحة بطل من وجهين:

أحدهما: أنهم قد حكموا فيها بغير نص وهم يمنعون منه.

والثاني: أن يقال لهم أرأيتم من غاب عن القبلة وخفيت عليه جهتها هل يحمل في ترك الصلاة وفي استقبال القبلة على الإباحة أو الحظر. فإن ارتكبوه أبطلوا به فرض الصلاة.

وإن امتنعوا منه بطل أصلهم وقيل لهم: أيصلي إلى جهة القبلة بنص أو استدلال. فإن قالوا بنص بهتوا ولم يجدوا.

وإن قالوا باستدلال ثبت جواز الحكم بالاستدلال عند عدم النص.

وهذا لو جعل دليلاً لكان مقنعاً.

ودليل آخر: هو أنه لما استقر في فطر العقول أن يستدل بالشاهد على الغائب، ويجمع بين المتماثلين في الشبه، ويسوي بين المتفقين في المعنى وجب أن يكون في قضايا السمع استدلال بالشاهد على الغائب والجمع بين المتماثلين في الشبه والمتفقن في المعنى استدلالاً بالعقل والسمع.

فأما العقل فشواهده واضحه.

وأما السمع فقد استقر في الاستدلال بالشاهد على الغائب في القبلة بقوله: ﴿وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾ [البقرة: ١٤٤ و ١٥٠].

وفي الجمع بين المشتبهين في المماثلة في جزاء الصيد بقوله: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥].

وفي التسوية بين المتفقين في المعنى لاعتبار الرق في حد العبد بالزنا بحد الأمة بقوله: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥].

فإن منعوا من ذلك بأن أحكام العقل متفقة وأحكام السمع مختلفة فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر.

قيل: نحن نقيس على أحكام السمع ما وافقها كما نقيس على أحكام العقل ما وافقها فصار كل واحد منهما أصلاً لفروعه في المماثلة.

فإن قيل: فقد فرق السمع بين متماثلين وجمع بين مفترقين وهذا في أحكام العقول ممتنع.

قيل: القياس مستعمل عند عدم السمع وإذا ورد السمع بالجمع بين مفترقين، وبالفرق بين مجتمعين، علمنا أن الله تعالى منع من استعمال القياس فيه، وإذا عدم السمع في الأمثال والأشباه علمنا أن الله تعالى لم يخالف بين أحكامها، واستعملنا

القياس فيها ويكون خروجها عن السمع دليلاً على وجوب الجمع فتصير بالسمع مختلفة وبعدمه متفقة.

فهذه أدلة في إثبات القياس وإن حذفت أكثرها.

[أدلة من نفى القياس]:

واستدل نفاة القياس بظواهر ومعان:

فأما الظاهر: فمن كتاب وسنة.

فأما الكتاب: فاستدلوا منه بقوله تعالى ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] وهذا نفي للقياس.

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦]، وهذه صفة القائس.

وقال تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَى إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى﴾ [النجم: ٣ ـ ٤] وليس القياس من الوحي.

وقال تعالى: ﴿ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرم﴾ والقائس مفتر.

وقال تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَاماً وَحَلَالاً قُلِ اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾ [يونس: ٥٩]؟ والقائس يحل ويحرم فصار مفترياً.

وهذه الآي الخمس أقوى دليل استدلوا به من ظاهر الكتاب وإن أكثروا.

والجواب عنها من وجهين:

أحدهما: أن يعاد عليهم فيما حكموا به من نفي القياس فيقال لهم: قد نفيتموه بما ليس لكم به علم، وما لم ينزل به وحي، وبما لم تردوه إلى الله والرسول فتساوى الاستدلال بها.

والثاني: أن القائس لا يحل ولا يحرم وإنما يستدل به على ما أحله الله وحرمه، فليس يحكم إلا عن واجبات النصوص.

وأما استدلالهم بالسنة: فما روى عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تعالى لا يقبض العلم انتزاعاً ينتزعه من صدور الرجال ولكن يقبض العلم بموت العلماء فإذا ماتوا اتخذ الناس رؤساء جهالاً فسئلوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا»[1].

(١) أخرجه البخاري ١/ ٣٦ ومسلم في العلم (١٣) والترمذي (٢٦٥٢) وابن ماجة (٩)

وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما أهلك من كان قبلكم من بني إسرائيل لحكمهم بآرائهم فإنه ما زال أمرهم صالحاً حتى حدث فيهم أولاد السبايا فقاسوا الأمور بآرائهم فضلوا وأضلوا»(١) قالوا: وهذا نص.

وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ستفترق أمتي نيفاً وسبعين فرقة أعظمهم فتنة الذين يقيسون الأمور بآرائهم»(٢).

وكذلك قال أبو بكر رضي الله عنه: «أي سماء تظلني وأي أرض تقلني إذا حكمت في كتاب الله برأيي»(٣).

فهذه الأحاديث الثلاثة أقوى ما استدلوا به من السنة وإن أكثروا.

والجواب عنها من وجهين:

أحدهما: أنها محمولة على من قاس مع وجود النص، كما قال تعالى في ثقيف: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]. ومن ذلك قوله في إبليس: ﴿أَنَا خَيْرٌ مِّنْهُ خَلَقْتَنِي مِن نَّارٍ وَخَلَقْتَهُ مِن طِينٍ﴾ [الأعراف: ١٢] وقال ابن سيرين: «أول من قاس إبليس»(٤) يعني من دفع النص بالقياس ويوضح ذلك ما رواه الشعبي، عن عمرو بن حريث عن عمر بن الخطاب قال: «إياكم وأصحاب الرأي فأنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي، فضلوا وأضلوا»(٥) رواه الدارقطني، فدل هذا من قول على أحد أمرين إما أن يستعملوا القياس مع وجود النص وأما أن يعملوا بالرأي من غير أصل وكلا الأمرين ضلال.

والثاني: أنه مستعمل فيمن حكم برأيه من غير أصل من نص كالاستحسان واتباع الرأي وهذا مذموم، ولذلك قال الشعبي: لعن الله الرأيية يعني الذين يقولون بآرائهم من غير أصل مشروع.

وأحمد ٢/ ١٦٢، ١٩٠ والدارمي ١/ ٧٧ والحميدي ٥٨١ وابن المبارك في الزهد (٢٨١) والطبراني في الصغير ١/ ١٦٥ وابن أبي شيبة ١٥/ ١٧٧ والبيهقي في الدلائل ٦/ ٥٤٣ وأبو نعيم في الحلية ٢/ ١٨١، ١٠/ ٢٥ والخطيب في التاريخ ١/ ٢٤١، ٣/ ٧٤ وابن عبد البر في الجامع ١/ ١٤٩ وانظر التلخيص ٤/ ١٨٥.

(١) أخرجه ابن ماجة (٥٦) والبزار كما في المجمع ١/ ١٨٠ والدارقطني ٤/ ١٤٦.

(٢) أخرجه الطبراني والبزار وقال الهيثمي ١/ ١٧٩ رجاله رجال الصحيح.

(٣) انظر الجامع لابن عبد البر ٢/ ٦٤.

(٤) أخرجه الدارمي ١/ ٦٥ وانظر الجامع ٢/ ٩٣.

(٥) أخرجه الدارقطني بإسناد ضعيف ٤/ ١٤٦.

وأما ما استدلوا به من المعاني فأظهرها معنيان:

أحدهما: إن قالوا: قد استقرَّ في فطر العقول أن العلوم المدركة بالحواس يعلم خفيها بما يعلم به جليها، فما أدرك جليه بحاسة البصر لم يدرك خفيه إلا بها وما أدرك جليه بحاسة السمع لم يدرك خفيه إلا بها.

فوجب في أحكام الدين إذا أدرك جليُّها بالسمع أن يكون خفيها مدركاً بالسمع.

والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن هذا هو القياس، لأنهم اعتبروا أحكام السمع بأحكام الحس، فأثبتوا بالقياس نفي القياس، وهذا متناقض.

والثاني: أننا نجمع بين أحكام السمع، وأحكام الحس فنجعل خفيها مأخوذاً من خفي السمع كما كان جليها مأخوذاً من جلي السمع، فصارا مثلين.

والمعنى الثاني: إن قالوا: لو كانت الأحكام معلومة لم يجز أن توجد العلل إلا مع وجود أحكامها، كما لا توجد العلل المعقولة إلا مع وجود أحكامها، كالحي إذا ذبح فمات لما كان الذبح علة الموت لم يوجد الذبح إلا مع الموت، فلو كانت شدة الخمر علة في تحريمه لوجب أن لا توجد الشدة في وقت إلا والتحريم متعلق بها في ذلك الوقت، وقد كانت الشدة موجودة فيها وهي غير محرمة، فإذا حرمت امتنع أن يكون تحريمها معلولاً بالشدة، وتعلق التحريم بالاسم دون العلة.

والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن هذا يرجع عليهم في تعليق الأحكام بالأسماء، فقد تعلق بها التحليل في حال والتحريم في أخرى، وقد جعل الله تعالى للأحكام أعلاماً هي أسماء ومعانٍ، فلما لم يتوجه هذا الاعتراض على الأسماء لم يتوجه على المعاني، وجاز أن تجعل المعاني علماً للتحليل في حال وللتحريم في أخرى، كما جاز أن تجعل الأسماء علماً للتحليل في حال وللتحريم في أخرى، فَلِمَ أبطلوا بهذا أن يكون المعنى علماً للتحريم ولم يبطلوا أن يكون الاسم علماً للتحريم؟

والثاني: أن علل العقل موجبة لأعيانها فكانت أحكامها لازمة لعللها، وأحكام السمع طارئة حدثت عللها بحدوثها، فاختلفت علل العقل، وعلل السمع لاختلاف معلولهما في أوائلهما، وقد استقرت الآن أحكام السمع بارتفاع النسخ فساوت أحكام العقل في الأواخر وإن خالفتها في الأوائل، فصارت أحكام السمع غير مفارقة لعللها كما كانت أحكام العقل غير مفارقة لها.

فصل: [القياس والنص]:

فإذا ثبت أن القياس أصل في الشرع تستخرج به أحكام الفروع من النصوص

فالنص: ما ورد به السمع في تعليق حكم بالاسم، والقياس: ما ثبت حكمه من معنى الاسم.

وفيما أخذ منه اسم النص وجهان:

أحدهما: أنه مأخوذ من الارتفاع لارتفاع المنصة بمن عليها؛ لأنه قد رفع المسمى بذكره.

والوجه الثاني: أنه مأخوذ عن الظهور لظهور من على المنصة بها، لأنه قد أظهر المسمى بذكره.

[أقسام القياس]:

والقياس: قياسان قياس معنى وقياس شبه:

واختلف أصحابنا في الفرق بين قياس المعنى وقياس الشبه على وجهين:

أحدهما: أن قياس المعنى ما أخذ حكم فرعه من معنى أصله، وقياس الشبه ما أخذ حكم فرعه من شبهه بأصله.

والوجه الثاني: أن قياس المعنى ما لم يكن لفرعه إلا أصل واحد أخذ حكمه من معناه، وقياس الشبه ما تجاذبته أصول أُلحِقَ بأقواها شبهاً فصار قياس المعنى أقوى من قياس الشبه على الوجهين.

[قياس المعنى]:

فأما قياس المعنى: فينقسم قسمين جلي وخفي.

فأما القياس الجلي: فيكون معناه في الفرع زائداً على معنى الأصل.

وأما القياس الخفي: فيكون معناه في الفرع مساوياً لمعنى الأصل.

[أقسام القياس الجلي]:

والقياس الجلي: على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما عرف معناه من ظاهر النص بغير استدلال، ولا يجوز أن يرد التعبد فيه بخلاف أصله، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾ [الإسراء: ٢٢] فدل تحريم التأفيف ببديهة النص على تحريم الضرب والشتم، فلا يجوز أن يحرم التأفيف ويحل الضرب والشتم، فصار تحريم الضرب والشتم مأخوذاً من تحريم التأفيف قياساً ومثله قوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧ ـ ٨] فلا يجوز أن يجازي على قليل الطاعة ولا يجازي على كثيرها ويعاقب على قليل المعصية ولا يعاقب على كثيرها.

ومثله قوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥] فالأمين على القنطار هو على الدينار أمَن، والخائن في الدينار هو في القنطار أخون.

وهذا الضرب من القياس هو أقرب وجوه القياس إلى النصوص لدخول فروعها في النصوص.

وأنكر نفاة القياس أن يكون هذا الضرب قياساً.

وجعله بعضهم نصاً وجعله آخرون تنبيهاً.

وأنكر كثير من مثبتي القياس أن يكون هذا قياساً. وسماه بعضهم مفهوم الخطاب وسماه آخرون منهم فحوى الكلام.

وأنكروا على الشافعي تسميته قياساً.

قالوا: لأن القياس ما خفي حكم المسكوت عنه حتى عرف بالاستدلال من المنصوص عليه، فما خرج عن الخفاء ولم يحتج إلى الاستدلال فليس بقياس وهذا الإنكار خطأ من وجهين:

أحدهما: أن النص ما عُرِفَ حكمه من اسمه والقياس ما عرف حكمه من اسم غيره، وهذا موجود هاهنا: لأن اسم التأفيف لا ينطلق على الضرب والشتم كما لا ينطلق اسم الضرب على التأفيف، لأن كل واحد من الاسمين ينطلق على غير ما ينطلق عليه الآخر فصار تحريم الضرب مأخوذاً من معنى التأفيف لا من اسمه. فإن امتنعوا أن يسموه قياساً فقد سلموا معنا وخالفوا في اسمه، والمخالفة في الاسم مع تسليم المعنى مطرحة.

والثاني: أن المعاني تتنوع: فيكون بعضها جلياً تسبق بديهته إلى الفهم من غير استدلال وبعضها خفياً لا يفهم إلا بالفكر والاستدلال، كما أن الأسماء تتنوع فيكون بعضها واضحاً تعرفه الخاصة والعامة، وبعضها غامضاً تعرفه الخاصة دون العامة، كنهيه ﷺ أن يصلي الرجل وهو زناء وقوله في الزكاة: «لا جلب ولا جنب ولا خِلاط ولا وراط ونهى عن بيع الملاقيح والمضامين»، فلما لم يكن اختلاف الأسماء في الوضوح والغموض مانعاً من أن تكون جميعها نصوصاً لزم أن يكون اختلاف المعاني في الجلاء والخفاء ليس بممتنع من أن تكون جميعها قياساً.

فإذا صح أن هذا قياس فلا يختلف أصحابنا في جواز تخصيص العموم به.

واختلفوا في جواز النسخ به على وجهين.

أحدها: وهو قول أكثرهم: لا يجوز النسخ به لأن القياس فرع النص فلم يجز أن يكون ناسخاً للنص.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وحكاه عن بعض من تقدمه أنه يجوز أن ينسخ به النص، لأنه لما لم يجز أن يرد التعبد في فرعه بخلاف أصله صار الفرع كالنص فجاز به النسخ.

فإن كان أصله نصاً في القرآن جاز أن ينسخ به القرآن دون السنة، وإن كان أصله نصاً في السنة جاز أن تنسخ به السنة دون القرآن.

والضرب الثاني: ما عرف معناه من ظاهر النص بغير استدلال لكن يجوز أن يرد التعبد فيه بخلاف أصله.

وذلك مثال نهي النبي ﷺ عن الأضحية بالعوراء البيّن عورها والعرجاء البيّن عرجها فكانت العمياء قياساً على العوراء، والقطعاء قياساً على العرجاء، وإن جاز أن يرد التعبد بتحريم العوراء والعرجاء وإباحة العمياء والقطعاء.

ومثله «نهى النبي ﷺ المحرم أن يلبس ثوباً مسّه ورس أو زعفران» فكان العنبر والمسك قياساً على الورس والزعفران، وإن جاز أن يرد التعبد بتحريم الورس والزعفران وإباحة المسك والعنبر.

وهذا مما اختلف نفاة القياس فيه فاقتصر بعضهم على تحريم النص وإباحة ما عداه فحرم التضحية بالعوراء والعرجاء، وأباحها بالعمياء والقطعاء، وحرم ما مسّه ورس أو زعفران، وأباح ما مسّه عنبر أو مسك.

وأثبت بعضهم تحريم جميعه بالتنبيه دون النص.

فهذا الضرب يجوز تخصيص العموم بمثله، ولا يجوز به النسخ بوفاق أصحابنا لجواز ورود التعبد في الفرع بخلاف أصله.

والضرب الثالث: ما عرف معناه من ظاهر النص باستدلال ظاهر ويعرف بمبادىء النظر.

وذلك مثل قول الله تعالى في زنا الإماء: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] فجعل حدّهن نصف حد الحرائر، ولم يكن المعنى فيه إلا نقصهن بالرق، فكان العبيد قياساً عليهن في تنصيف الحد إذا زنوا لنقصهم بالرق.

ومثله قوله النبي ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبد وكان موسراً قوّم عليه» فكانت الأمة قياساً على العبد.

ومثله قوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] فكان معنى نهيه عن البيع أنه شاغل عن حضور الجمعة، فكانت عقود المناكح والإجارات وسائر الأعمال والصنائع قياساً على البيع، لأنه شاغل عن حضور الجمعة. فهذا الضرب لا يجوز به النسخ.

ويجوز تخصيص العموم به عند أكثر أصحابنا، وإن منع منه بعضهم لخروجه عن الجلاء بالاستدلال وليس بصحيح؛ لأنه قد صار بجلاء الاستدلال كالجلي بغير استدلال.

فهذه ثلاثة أضرب هي ضروب القياس الجلي، يجوز أن ينعقد بها الإجماع وينقض بها حكم من خالفا من الحكام.

فصل: القياس الخفي:

وأما القياس الخفي: فهو ما خفي معناه فلم يعرف إلا بالاستدلال ويكون معناه في الفرع مساوياً لمعنى الأصل.

وهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما كان معناه لائحاً.

والثاني: ما كان معناه غامضاً.

والثالث: ما كان معناه مشتبهاً.

فأما الضرب الأول: وهو ما كان معناه لائحاً يعرف باستدلال متفق عليه فمثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فكانت عمات الآباء والأمهات في التحريم قياساً على العمات. وخالات الآباء والأمهات في التحريم قياساً على الخالات. لاشتراكهن في الرحم، ومثله قوله تعالى في نفقة الولد في صغره: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فكانت نفقة الوالد عند عجزه في كبره قياساً على نفقة الولد لعجزه بصغره.

والمعنى في هذا الضرب لائح لتردده بين الجلي والخفي وهو من ضروب الخفي بمنزلة الأول من ضروب الجلي.

ويجوز أن ينعقد الإجماع بمثله وينقض به حكم الحاكم إذا خالفه.

وفي جواز تخصيص العموم به وجهان:

والضرب الثاني: وهو ما كان معناه غامضاً للاستدلال المختلف فيه فتقابلت

معانيه حتى غمضت مثاله تعليل الربا في البر المنصوص عليه، فتقابل فيه التعليل بالأكل، ليقاس عليه كل مأكول، والتعليل بالقوت، ليقاس عليه كل مقتات، والتعليل بالكيل ليقاس عليه كل مكيل، ومثله النهي عن بيع الطعام حتى يقبض، تقابل فيه التعليل بالطعم، حتى يقاس عليه كل مطعوم، والتعليل بالنقل، ليقاس عليه كل منقول، والتعليل بالبيع ليقاس عليه كل مبيع.

فصار المعنى باختلافهم فيه غامضاً والاستدلال به مترجحاً.

ومثل هذا الضرب لا ينعقد به إجماع ولا ينقض به حكم ولا يخص به عموم.

وأما الضرب الثالث: وهو ما كان مشتبهاً، فهو ما احتاج نصه ومعناه إلى استدلال: كالذي قضى به رسول الله ﷺ: أن الخراج بالضمان فعرف الاستدلال: أن الخراج هو المنفعة وإن الضمان هو ضمان البيع، ثم عرف معنى المنفعة بالاستدلال فتقابلت المعاني بالاختلاف فيها فمن معلّلٍ لها بأنها آثار. فلم يجعل المشتري إذا رد بالعيب مالكاً للأعيان من الثمار والنتاجٍ، ومن معلل لها بأنها ما خالفت أجناس أصولها، فجعله مالكاً للثمار ولم يجعله مالكاً للنتاج، وعللها الشافعي بأنها نماء، فجعله مالكاً لكل نماء من ثمار ونتاج.

فمثل هذا الضرب ينعقد الإجماع في حكم أصله ولا ينعقد في معناه، ولا ينقض بقياسه حكم، ولا يخص به عموم، وهو أضعف مما تقدمه، وإن قاربه في حكمه والله أعلم.

فصل

قياس الشبه

وأما قياس الشبه فهو ما تجاذبته الأصول، فأخذ من كل أصل شبهاً، وأخذ كل أصل منه شبهاً.

وهو نوعان: قياس تحقيق، يكون الشبه في أحكامه، وقياس تقريب يكون الشبه في أوصافه.

وقياس التحقيق مقابل لقياس المعنى الجلي وإن ضعف عنه.

قياس التحقيق.

فأما قياس التحقيق فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتردد حكم الفرع بين أصلين ينتقض برده إلى أحدهما، ولا ينتقض برده إلى الآخر، فيرد إلى الأصل الذي لا ينتقض برده إليه، وإن كان أقلهما شبهاً ولا يرد إلى الأصل الذي ينتقض برده إليه وإن كان أكثر شبهاً: مثاله: العبد هل يملك؟ إذا ملك يتردد بين أصلين:

أحدهما: الحر في جواز ملكه.

والثاني: البهيمة في عدم ملكه فلما انتقض برده إلى الحر بالميراث حين لم يملك به وجب رده إلى البهيمة لسلامته من النقض، وإن كان شبهه بالأحرار أكثر من شبهه بالبهائم.

والضرب الثاني: أن يتردد الفرع بين أصلين يسلم من النقض في رده إلى كل واحد منهما، وهو بأحد الأصلين أكثر شبهاً منه بالأصل الآخر، مثل أن يشبه أحدهما من وجه ويشبه الآخر من وجهين، أو يشبه أحدهما من وجهين ويشبه الآخر من ثلاثة أوجه، فيجب رده إلى الأصل الذي هو أكثر شبهاً به.

مثاله: في الجناية على أطراف العبد يتردد بين رده إلى الحر في تقدير الجناية على أطرافه وبين رده إلى البهيمة في وجوب ما نقص من قيمته وهو يشبه البهيمة في أنه مملوك وموروث ويشبه الحرة أنه آدمي، مخاطب، مكلف، يجب في قتله القود والكفارة، فوجب ردّه إلى الحرّ في تقدير الجناية على أطرافه دون البهيمة، لكثرة شبهه بالحر، وقله شبهه بالبهيمة.

والضرب الثالث: أن يتردد حكم الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين، ويوجد في الفرع بعض كل واحدة من الصفتين، ولا تكمل فيه إحدى الصفتين، ولكن يوجد فيه الأكثر من إحدى الصفتين والأقل من الأخرى، فيجب رده إلى الأصل فيه أكثر صفاته:
مثاله: ثبوت الربا في الإهليلج والسقمونيا لما تردد بين الخشب في الإباحة لأنه ليس بغذاء وبين الطعام في التحريم لأنه مأكول فكان رده إلى الغذاء في التحريم وإن لم يكون غذاء أولى من رده إلى الخشب في الإباحة وإن لم يكن غذاء، لأن الأكل أغلب صفاته.

فهذه ضروب قياس التحقيق.

فصل: قياس التقريب.

وأما قياس التقريب فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتردد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين وقد جمع الفرع صفتي الأصلين، فيرجح في الفرع أغلب الصفتين.

مثاله: في المعقول: أن يكون أحد الأصلين معلولاً بالبياض والآخر معلولاً بالسواد ويكون الفرع جامعاً للسواد والبياض فيعتبر حاله: فإن كان بياضه أكثر من سواده رد إلى الأصل المعلول بالبياض ولم يكن للسواد فيه تأثير، وإن كان سواده أكثر من بياضه رد إلى الأصل المعلول بالسواد ولم يكن للبياض فيه تأثير.

ومثاله في الشرع: الشهادات أمر الله تعالى فيها بقبول العدل ورد الفاسق، وقد علم أن أحداً غير الأنبياء لا يمحض الطاعة حتى لا يشوبها بمعصية من الصغائر، ولا أحد يمحض المعصية حتى لا يشوبها بشيء من الطاعات، فوجب اعتبار الأغلب من حاليه كما قال تعالى: ﴿فَأَمَّا مَنْ ثَقُلَتْ مَوَازِينُهُ فَهُوَ فِي عِيشَةٍ راضِيَةٍ وَأَمَّا مَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ فَأُمُّهُ هَاوِيَةٌ﴾ [القارعة: ٦:٩] . وإن كانت الطاعات أغلب عليه حكم بعدالته، ولا تأثير لما فيه من معصية، وإن كانت المعاصي أغلب عليه حكم بفسقه، ولا تأثير لما فيه من طاعة.

وامتنع أبو حنيفة من هذا الضرب أن يكون قياساً؛ لأن القياس ما استخرج علة فرعه من أصله، وهذا قد استخرج علة أصله من فرعه.

وهذا ليس بصحيح، لأن صفة العلة مستخرجة من الفرع وحكم العلة مستخرج من الأصل، والجمع بينهما موضوع لحكم العلة دون صفتها.

ومثل هذا نقوله في الماء المطلق إذا خالطه مائع طاهر كماء الورد فلم يغيره نظر: فإن كان الماء أكثر حكم له بالتطهير وإن كان فيه ما ليس بمطهر وإن كان ماء الورد أكثر حكم بأنه غير مطهر وإن كان فيه ما هو مطهر.

فإن سلم أبو حنيفة هذا الحكم ولا أحسبه يمتنع منه وخالف في الاسم لم تضر مخالفته في الاسم مع موافقته في معناه.

والضرب الثاني: أن يتردد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين والصفتان معدومتان في الفرع وصفة الفرع تقارب إحدى الصفتين وإن خالفتها.

مثاله في المعقول: أن يكون أحد الأصلين معلولاً بالبياض والأصل الآخر معلولاً بالسواد والفرع أخضر ليس بأبيض ولا أسود فيرد إلى أقرب الأصلين شبهاً بصفته والخضرة أقرب إلى السواد من البياض فيرد إلى السواد دون البياض.

ومثاله في الشرع قوله تعالى في جزاء الصيد: ﴿فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥].

وليس المثل من النعم مشبهاً للصيد في جميع أوصافه ولا منافياً له في جميع أوصافه فاعتبر في الجزاء أقرب الشبه بالصيد.

ومنع أبو حنيفة أن يكون هذا قياساً لأن القياس ما وجدت أوصاف أصله في فرعه وأوصاف الأصل في هذا غير موجودة في الفرع فصار قياساً بغير علة.

وهذا ليس بصحيح، لأن الحادثة لا بد لها من حكم والحكم لا بد له من دليل فإذا لم يكن في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع دليل عليها لم يبق لها أصل غير القياس فكان أقربها شبهاً بأصل القياس هو علة القياس.

وقد جعله بعض أصحابنا اجتهاداً محضاً ولـم يجعله قياساً، وهذا الاجتهاد لا بد له من أصل يعتبر فيه شبه الأصل فصار قياساً.

والضرب الثالث: أن يتردد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين، والفرع جامع لصفتي الأصلين، وأحد الأصلين من جنس الفرع، والآخر من غير جنسه.

مثاله: أن يكون الفرع من الطهـارة وأحد الأصلين من الصلاة والآخر من الطهارة، فيكون رده إلى أصل الطهارة لمجانسته أولى من رده إلى أصل الصلاة مع مخالفته.

وها هنا ضرب رابع اختلف أصحابنا في جواز وجوده وهو أن يتردد الفرع بين أصلين فيه شبه كل واحد من الأصلين، وشبهه في كل واحد من الأصلين ولا يترجح أحدهما على الآخر بشيء.

فمنع كثير من أصحابنا من جوازه وأحال تكافي الأدلة لأنه لا يجوز أن يتعبد الله عباده بما لم يجعل لهم طريقاً توصلهم إلى علمه، ولكن ربما خفي على المستدل لقصوره في الاجتهاد فإن أعوزه الترجيح بين الأصلين عدل إلى التماس حكمه من غير القياس.

وذهب كثير منهم إلى جواز وجوده لأنه لما جاز أن يكون من الأدلة غامضاً لما علمه فيها من المصلحة جاز أن يكون فيها متكافئاً لما رآه من المصلحة وليس يخلو أن يكون لها حكم مع التكافؤ.

فعلى هذا اختلفوا في حكم ما تكافأت فيه الأدلة وتردد بين أصلين: حاظر ومبيح على وجهين:

أحدهما: أن المجتهد بالخيار في رده إلى أي الأصلين شاء من حظر أو إباحة، لأن الله تعالى لو لم يرد كل واحد منهما لنصب على مراده منهما دليلاً.

والوجه الثاني: أنه يرده إلى أغلظ الأصلين حكماً وهو الحظر دون الإباحة احتياطاً لأن أصل التكليف موضوع على التغليظ.

فصارت أقسام القياس ما شرحناه: اثني عشر قسماً: ستة أقسام منها مختصة بقياس المعنى منها ثلاثة أقسام في القياس الجلي وثلاثة أقسام منها في القياس الخفي وستة أقسام منها مختصة بقياس الشبه منها ثلاثة أقسام في قياس التحقيق وثلاثة أقسام في قياس التقريب.

فصل: هل تثبت الأسماء والحدود والمقادير بالقياس؟.

فإذا تقرر ما بيناه من أقسام القياس أنه أصل من أصول الشرع فالذي يثبت

بالقياس في الشرع هو الأحكام المستنبطة من النصوص.

فأما الأسماء والحدود والمقادير فقد اختلف أصحابنا في جواز استخراجها بالقياس على وجهين:

أحدهما: يجوز أن تثبت الأسماء بالقياس إذا تعلق بها أحكام كتسمية النبيذ خمراً لوجود معنى الخمر فيه ويجوز أن تثبت الحدود قياساً فيثبت حد الخمر ثمانين، قياساً على القذف كما قال علي بن أبي طالب لأنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذي وإذا هذي افترى وحد المفتري ثمانون.

ويجوز أن تثبت المقادير قياساً: كما قدرنا أقل الحيض وأكثره وأقل الطهر وأكثره وأقل السفر وأكثره.

وقد أشار ابن أبي هريرة إلى اختيار هذا الوجه لأن جميعها أحكام.

والوجه الثاني: يجوز إثبات الأسماء ولا إثبات الحدود ولا إثبات المقادير بالقياس.

أما الأسماء فلأنها مأخوذة من اللغة دون الشرع.

وأما الحدود فلأن معانيها غير معقولة.

وأما المقادير فلأنها مشروعة وإنما صير في هذه الأمور المقدرة إلى عرف أو وجود.

والله أعلم بصواب ما استأثر بعلمه فهذا شرح ما قدمناه من أصول الشرع الأربعة وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَجْمَعُ الْمُخْتَلِفِينَ لأَنَّهُ أَشَدُّ لِتَقَصِّيهِ وَلِيَكْشِفَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ».

قال الماوردي: وهذا إنما يختص بالحوادث المشكلة والنوازل الملتبسة دون ما استقرت أحكامه بالنصوص أو بالإجماع أو بالقياس الذي لا يحتمل غيره، فيجمع له المختلفين من أهل الاجتهاد ليسأل كل واحد منهم عن حكم الحادثة ودليلها ويعارض الأدلة بعضها ببعض ويكشف عن عللها وأصولها.

ولا يفوض ذلك إليهم، حتى يجتهد فيها كاجتهادهم، ثم يجتهد في قول كل واحد منهم وينظر فيما استدل به ويناظرهم ويناظرونه طلباً للصواب لا نصرة لقوله.

فإذا وضح له الصواب بعد الكشف والنظر عمل عليه وحكم به.

وإنما لزمه أن يفعل هذا لثلاثة أمور:

أحدها: اقتداء بالصحابة فإن الأئمة منهم كانوا لا ينفذون الأحكام المشتبهة إلا بعد المشاورة ومسألة الناس فيما عرفوه من أحكام الرسول كما سأل أبو بكر عن ميراث الجدة، حتى أخبر أن النبي ﷺ أعطاها السدس وسأل عن المجوس فأخبر عنه أنه قال «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» وكما قال عمر: رحم الله امرأً سمع من رسول الله ﷺ في دية الجنين شيئاً إلا قاله فأخبره حمل بن مالك أنه قضى فيه بغرة عبد أو أمة.

والثاني: أنه قد يجوز أن يخفي على الحاكم من أحكام الحوادث والنوازل ما يكون علمه عند غيره فلم يجز أن يمضي حكمه على التباس واحتمال.

والثالث: أنه مجتهد وعلى المجتهد التقصي في اجتهاده، ومن التقصي أن يكشف بالسؤال ويناظر في طلب الصواب.

الفرق بين النظر والجدل.

وفي الفرق بين النظر والجدل وجهان:

أحدهما: أن النظر طلب الصواب، والجدل نصرة القول.

والثاني: أن النظر هو الفكر بالقلب والعقل، والجدل هو الاحتجاج باللسان.

الفرق بين الدليل والحجة.

وفي الفرق بين الدليل والحجة وجهان:

أحدهما: أن الدليل ما دلك على مطلوبك، والحجة ما منعت من ذلك.

والثاني: أن الدليل ما دلك على صوابك، والحجة ما دفعت عنك قول مخالفك.

الفرق بين النص والظاهر.

وفي الفرق بين النص والظاهر وجهان:

أحدهما: أن النص ما كان لفظه دليله، والظاهر ما سبق مراده إلى فهم سامعه.

والثاني: أن النص ما لم يتوجه إليه احتمال، والظاهر ما توجه إليه احتمال.

الفرق بين الفحوى ولحن القول.

وفي الفرق بين الفحوى ولحن القول وجهان:

أحدهما: أن الفحوى ما نبه عليه اللفظ، ولحن القول ما لاح في أثناء اللفظ.

والثاني: أن الفحوى ما دل على ما هو أقوى منه، ولحن القول ما دل على مثله.

تفرد الحاكم باجتهاده.

فإن تفرد الحاكم باجتهاده فقد أساء وقصر، وكان حكمه نافذاً إذا عمل بما أداه اجتهاده إليه، ما لم يخالف فيه ما لا يجوز الاجتهاد معه: من نص أو اجماع أو قياس لا يحتمل.

شروط جواز ولاية القاضي

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** : «وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي عَقْلِهِ مَا إِذَا عَقَلَ القِيَاسَ عَقْلُهُ وَإِذَا سَمِعَ الاخْتِلَافَ مَيَّزَهُ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْضِيَ وَلَا لأَحَدٍ أَنْ يَسْتَقْضِيَهُ».

قال الماوردي: وهذه المسألة يجب أن تستوفى فيها الشروط المعتبرة في ولاية القاضي ونفاذ حكمه.

والذي يعتبر في جواز ولايته ونفاذ حكمه سبعة شروط:

أحدها: أن يكون كاملاً في نفسه.

وكمال نفسه ضربان:

أحدهما: كمال حكمه.

والثاني: كمال خلقه.

فأما كمال الحكم: فهو بالبلوغ والعقل لأن باجتماعهما يتعلق التكليف ويثبت للقول حكم.

فلا يجوز أن يكون القاضي غير بالغ ولا مختل العقل لأنه ليس لواحد منهما تمييز صحيح ولا لقوله حكم نافذ.

فإن قلد القضاء صبي أو مختل العقل كانت ولايته باطلة، وأحكامه مردودة، لقول النبي ﷺ «رفع القلم عن ثلاثة» ولأن كل واحد منهما مولى عليه فلم يجز أن يكون والياً، ولا يلزمه حكم قوله، فلم يكن لغيره لازماً.

وليس يكتفي فيه بالعقل الذي يتعلق به التكليف من علمه بالمدركات الضرورية حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً من السهو والغفلة يتوصل بذكائه إلى حل ما أشكل وفصل ما أعضل.

فإن كان مع هذه الحال يطرأ عليه في بعض الأحيان جنون، نظر فيه.

فإن امتد به حتى تأخر عن أوقات النظر لم يصح تقليده.

وإن قصر زمانه وكان كالساعة، نظر.

فإن أثرت في زمان افاقته لفتور حسه ودهش عقله لم يصح تقليده.

وإن أفاق من ساعته، وعاد إلى استقامته ففي جواز تقليده وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنه يخرج في زمان ذلك عن حكم التكليف وتبطل به فروض العبادات.

والوجه الثاني: يجوز ويجري مجرى فترات النوم وأوقات الاستراحة.

فإن قلد وهو سليم العقل ثم طرأ عليه الجنون بطلت ولايته، ولم يعد إليها بالإفاقة.

ولكن لو أغمي عليه لم يؤثر في ولايته؛ لأن الإغماء مرض لا يمنع من النبوة.

وأما كمال الخلقة فتعتبر سلامته فيها في ثلاثة أوصاف:

أحدها: صحة بصره، فلا يكون أعمى.

والثاني: صحة سمعه، فلا يكون أصم.

والثالث: سلامة لسانه، فلا يكون أخرس.

فأما الأعمى: فلا يجوز تقليده، ولو عمي بعد التقليد بطلت ولايته، لأنه لا يفرق بين الطالب والمطلوب.

وجوز مالك تقليد الأعمى، كما جوز شهادته.

فإن كان في عينه عشاً يبصر نهاراً ولا يبصر ليلاً جاز تقليده.

وإن كان في بصره ضعف فإن كان يرى الأشباح ولا يعرف الصور لم يجز تقليده.

وإن كان يعرف الصور إذا قربت ولا يعرفها إذا بعدت جاز تقليده.

وأما الأصم: فلا يجوز تقليده، وإن طرأ عليه صمم بطلت ولايته، لأنه لا يفرق بالصمم بين إقرار وإنكار.

والصمم المانع من ذلك هو أن لا يفهم الأصوات وإن عَلَتْ.

فأما ثقل السمع الذي يفهم عالي الأصوات ولا يفهم خافتها فتقليده جائز وإن كان تقليد السميع أولى منه.

وأما الأخرس فلا يجوز تقليده، وإن طرأ عليه الخرس بطلت ولايته، لأنه يعجز بخرسه عن إنفاذ الأحكام والزام الحقوق.

وجوز أبو العباس بن سريج ولايته إذا كان مفهوم الإشارة، كما جوز شهادته.

وهو عند جمهور أصحابنا ممنوع من الأمرين.

فأما إن كان بلسانه تمتمة أو فأفأة أو عقلة أو ردة أو عقدة لا تمنع من فهم الكلام صح تقليده لأنه نقص لا يمنع من فهم الكلام وإن غمض فإن نبي الله موسى لم تمنع عقدة لسانه من صحة رسالته.

فأما صحة أعضائه فغير معتبرة في ولايته، فيجوز تقليده وإن كان مقعداً أو ذا زمانة، وإن كانت السلامة من الآفات أهيب لذوي الولايات.

فصارت الأوصاف المعتبرة في كمال نفسه خمسة: البلوغ والعقل والبصر والسمع والنطق فهذا حكم الشرط الأول.

فصل: والشرط الثاني الذكورة فيكون رجلاً.

فأما المرأة فلا يجوز تقليدها.

وجوزه ابن جرير الطبري كالرجل.

وقال أبو حنيفة يصح قضاؤها فيما تصح فيه شهادتها وشهادتها عنده تصح فيما سوى الحدود والقصاص.

فأما ابن جرير فإنه علل جواز ولايتها بجواز فتياها.

وأما أبو حنيفة فإنه علل جواز ولايتها بجواز شهادتها.

والدليل على فساد ما ذهبا إليه: قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٣٣] يعني في العقل والرأي فلم يجز أن يقمن على الرجال.

وقول النبي ﷺ: «ما أفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»[١].

وقوله ﷺ: «أخروهن من حيث أخرهن الله»[٢].

ولأنه لما منعها نقص الأنوثة من إمامة الصلوات مع جواز إمامة الفاسق، كان المنع من القضاء الذي لا يصح من الفاسق أولى.

ولأن نقص الأنوثة يمنع من انعقاد الولايات كإمامة الأمة.

ولأن من لم ينفذ حكمه في الحدود لم ينفذ حكمه في غير الحدود كالأعمى.

وأما جواز فتياها وشهادتها فلأنه لا ولاية فيهما فلم تمنع منهما الأنوثة وإن منعت من الولايات وكذلك تقليد الخنثى لا يصح، لجواز أن يكون امرأة فإن زال أشكاله وبان رجلاً صح تقليده.

فإن رد إلى المرأة تقليد قاض لم يصح، لأنه لما لم يصح أن تكون والية لم يجز أن تكون مولية.

وإن رد إليها اختيار قاض جاز، لأن الاختيار اجتهاد لا تمنع منه الأنوثة كالفتيا.

---

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٨٤، ٤/ ٣٧٦ والنسائي ٢/ ٣٠٥ والترمذي ٢/ ٤٣ والحاكم ٣/ ١١٨ وأحمد ٥/ ٤٣، ٥٠.

(٢) انظر كشف الخفا ٢/ ٦٩ ونصب الراية ٢/ ٣٦.

فصل: والشرط الثالث: الحرية: فلا يجوز أن يكون القاضي عبداً، ولا مدبراً، ولا مكاتباً، ولا من فيه جزء من الرق، وإن قل، فإن قلد كانت ولايته باطلة، وحكمه مردوداً؛ لأن العبد مولى عليه فلم يجز أن يكون والياً، ولما لم يجز أن يكون شاهداً فأولى أن لا يكون قاضياً.

وجوز بعضهم قضاء العبد، لجواز فتياه، وروايته، ولقول عمر بن الخطاب لو كان سالم مولى أبي حذيفة حياً لما يخالجني في تقليده شك.

وهذا فاسد لأمرين.

أحدهما: ما قدمناه من أنه لما كان مولى عليه لم يجز أن يكون والياً.

والثاني: أنه لما كان مملوكاً لم يجز أن يكون مالكاً وإن جاز أن يكون مجتهداً وراوياً.

فأما أمر سالم فعنه جوابان:

أحدهما: أنه كان مولى عتاقة ولم يكن باقياً في الرق وتقليد المُعْتَقِ جائز.

والثاني: أن عمر قال ذلك على وجه المبالغة في مدح سالم.

وقد عين الإمامة في أهل الشورى. وبالإجماع لا يجوز أن يكون العبد إماماً على الأمة فلم يجز أن يشير بها إليه.

فصل: والشرط الرابع الإسلام: فلا يجوز أن يكون الكافر قاضياً على المسلمين، ولا على أهل دينه.

وجوز أبو حنيفة تقليده على أهل دينه، وأنفذ أحكامه وقبل قوله في الحكم بينهم، كما جوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض.

اعتباراً بالعرف الجاري في تقليدهم.

واحتجاجاً بقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [المائدة: ٥١].

ولأنه لما جازت ولايتهم في المناكح جازت في الأحكام.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] ونفوذ الأحكام ينفي الصغار.

وقول النبي ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» فمنع هذا الخبر من أن يكون في الإسلام ولاية لغير مسلم.

ولأن الفاسق من المسلمين أحسن حالاً من الكافر لجريان أحكام الإسلام عليه فلما منع الفسق من ولاية القضاء كان أولى أن يمنع منه الكفر.

ولأن كل من لم تصح ولايته في العموم لم تصح ولايته في الخصوص كالصبي والمجنون طرداً وكالمسلم العدل عكساً.

فأما الآية فمحمولة على الموالاة دون الولاية.

وأما ولاياتهم في مناكحهم فلأنهم ما لكون لها فلم يعترض عليهم فيها.

وأما العرف الجاري من الولاة في تقليدهم فهو تقليد زعامة ورياسة وليس بتقليد حكم وقضاء وإنما يلزم حكمه أهل دينه لالتزامهم له لا للزومه لهم.

ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم.

وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ.

فصل: والشرط الخامس العدالة: فمعتبرة في القضاء وجميع الولايات.

والعدالة: أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم متوقياً للمآثم بعيداً من الريب مأموناً في الرضا والغضب مستعملاً لمروءة مثله في دينه وسنستوفي شروطها في كتاب الشهادات. فإذا تكاملت فيه فهي العدالة التي تصح بها ولايته وتقبل بها شهادته.

فأما الفسق فعلى ضربين:

أحدهما: ما تعلق بأفعال يتبع فيها الشهوة فلا يصح تقليده ولا ينفذ حكمه وإن وافق فيه الحق لفساد ولايته.

وحكي عن الأصم صحة ولايته، ونفوذ حكمه، إذا وافق الحق لصحة إمامته في الصلاة، وجواز إتباعه فيها.

وهذا خطأ لقول الله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهَالَةٍ﴾ [الحجرات: ٦] فمنع من قبول قوله، فكان أولى أن يمنع من نفوذ قوله.

ولأن الله تعالى لما جعل العدالة شرطاً في الشهادة كان أولى أن تكون شرطاً في القضاء، وجازت إمامته لتعلقها بالاختيار وخروجها عن الالزام.

والضرب الثاني: من الفسق ما اختص باعتقاد يتعلق فيه بشبهة يتأول بها خلاف الحق.

ففي جواز تقليده وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنه لما استوى حكم الكفر بتأويل وغير تأويل، وجب أن يستوي حكم الفسق بتأويل وغير تأويل.

والوجه الثاني: يجوز تقليده لأنه لما كان تأوله الشبه في الفروع لا يمنع من التقليد كان كذلك في الأصول.

فإن طرأ عليه الفسق بعد صحة تقليده بطلت ولايته بالضرب الأول.

وفي بطلانها بالضرب الثاني وجهان: .

أصحهما ها هنا لا تبطل.

وأصحهما هناك لا تنعقد لأنه لا يقلد إلا بتعديل كامل ولا ينعزل إلا بجرح كامل.

فصل: والشرط السادس أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية: وعلمه بها يشتمل على أمرين

أحدهما: علمه بما قدمناه من أصولها التي يستنبط بها أحكامها.

والثاني: معرفته بفروعها فيما انعقد عليه الإجماع، أو حصل فيه اختلاف ليتبع الإجماع، ويجتهد في الاختلاف؛ ليصير بذلك من أهل الاجتهاد في الدين، فيجوز أن يفتي ويقضي، ويجوز أن يستفتي ويستقضي.

فإن كان عامياً من غير أهل الاجتهاد لم يجز أن يفتي ولا يقضي، وكانت ولايته باطلة وحكمه وإن وافق الحق مردوداً.

وجوز أصحاب أبي حنيفة تقليد العامي القاضي ليستفتي في أحكامه العلماء.

استدلالاً بأنه إذا جاز أن يحكم في الاستفتاء في حق نفسه جاز أن يحكم به في حق غيره لأنهما معاً حكم بعلم.

قالوا ولأن من جاز أن يكون شاهداً جاز أن يكون قاضياً كالعالم.

قالوا: ولأنه لما جاز أن يحكم بشهادة الشاهدين مع الجهل بما توصلا به إلى صحة الشهادة، ويحكم بقيمة المقومين مع الجهل بما توصلا به إلى صحة القيمة، جاز أن يحكم بفتيا المفتي مع الجهل بما توصل به إلى صحة الحكم.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩] والدليل فيها من وجهين:

أحدهما: أنه منع من المساواة فكان على عمومه في الحكم وغيره.

والثاني: أنه قاله زجراً فصار أمراً.

وروى سليمان بن بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار، فالذي في الجنة رجل عرف الحق فقضى به ورجل عرف الحكم فجار عنه فهو في النار ورجل قضى بين الناس على جهل فهو في النار» فهذا يدل على دخول العامي في الوعيد لأنه قضى على جهل.

فإن قيل: فإذا استفتى لم يقض على جهل وإنما يقضي بعلم. فعنه جوابان:

أحدهما: أن المقلد ليس يعلم أنه قضى بعلم.

والثاني: أنه جاهل بطريق العلم، وإن علم فلم يخرج في الجوابين أن يكون قاضياً بجهل.

ومن القياس أن من لم يجز أن يكون مفتياً لم يجز أن يكون قاضياً كالفاسق.

ثم الحكم أغلظ لأن الحاكم ملزم والمفتي غير ملزم.

ولأن من لم يكن من أهل الاجتهاد لم ينفذ حكمه، كغير المستفتي.

ولأنه حكم يلتزمه غير ملزمه فلم يصح من غير المجتهدين كالفتاوي.

فأما الجواب عن استدلالهم بالعامي المستفتي في حق نفسه فمن وجهين:

أحدهما: أن العامي مضطر والحاكم غير مضطر.

والثاني: أن العامي يلتزمه في حق نفسه والحاكم يوجبه على غيره.

وأما الجواب عن استدلالهم بالشهادة كالعالم فمن وجهين:

أحدهما: أنه لما روعي في الشهادة آلتها: وهو في التحمل العقل والبصر والسمع وفي الأداء العقل واللسان، وجب أن يراعي في الحكم آلته: وهو الاجتهاد فصارت الشهادة لنا دليلاً.

والثاني: في معنى الأصل أن العالم لما جاز أن يفتي جاز أن يحكم، والعامي لم يجز أن يفتي لم يجز أن يحكم.

وأما الجواب عن استدلالهم بطريق الشهادة والتقويم، فمن وجهين:

أحدهما: أنه لم ينصب له على صدق الشاهدين والمقومين دليل فجاز له تقليدهم وقد نصب له على الأحكام دليل فلم يجز تقليده فيها.

والثاني: أنه لما لم يلزم المفتي معرفة طريق الشهادة والتقويم لم يلزم الحاكم ولما لزم المفتي معرفة طريق الأحكام لزم الحاكم.

فصل: والشرط السابع أن يكون عاملاً بما قدمنا من أصول الشرع الأربعة.

فإن كان ممن يعدل عن بعضها ويعتقد إبطال شيء منها نظر.

فإن كان ممن لا يقول بخبر الواحد، لم يجز تقليده، لأن أكثر أحكام الشرع مأخوذة من أخبار الآحاد.

وكذلك إن كان ممن لا يقول بحجة الإجماع، ويجوز مخالفة الإجماع لم يجز تقليده؛ لأن الإجماع أصل متبع.

وإن كان من نفاة القياس فهم ضربان:

أحدهما: من نفى القياس وعمل بظواهر النصوص وعدل عما لا نص فيه إلى أقاويل سلفهم وجعلوها كالنص في العمل بها. من غير دليل فلا يجوز تقليد هؤلاء لأمرين:

أحدهما: لتقليدهم في الأحكام.

والثاني: لتركهم أصلاً من أصول الشرع وهو القياس.

والضرب الثاني: من نفاة القياس: من يعدل عند عدم النصوص إلى فحوى الكلام ودليل الخطاب وسلك طريق الاجتهاد ويعدل عن تعليل النصوص بمعانيها كأهل الظاهر، ففي جواز تقليدهم القضاء وجهان لأصحابنا:

أحدهما: لا يجوز للمعنى المذكور من ترك أصل مشروع.

والوجه الثاني: يجوز؛ لأنه يعتبرون واضح المعاني وإن عدلوا عن خفي القياس.

فصل: تقليد المفضول القضاء مع وجود الأفضل.

فإذا ثبت ما ذكرنا من هذه الشروط السبعة صح تقليد من وجدت فيه وإن كان من هو أعلم منه موجوداً؛ لأن تقليد المفضول مع وجود الفاضل جائز في القضاء.

وإنما اختلفوا في جوازه في الإمامة، فجوزه بعضهم، كالقضاء ومنع منه آخرون لأن الإمامة في واحد والقضاء في عدد.

ولأن الإمام يستدرك خطأ القضاة وليس على الإمام من يستدرك خطأه.

حكم القاضي بغير مذهبه.

فإذا تقلد القضاة بوجود الشروط السبعة فيه وجب عليه أن يحكم باجتهاد نفسه.

وإن اعتزى إلى مذهب من مذاهب أئمة الوقت كمن أخذ بمذهب الشافعي، أو بمذهب أبي حنيفة، لم يجز أن يقلد صاحب مذهبه، وعمل على اجتهاد نفسه، وإن خالف مذهب من اعتزى عليه.

فإن كان من أصحاب الشافعي، وأداه اجتهاده في حالة إلى العمل فيها بقول أبي

حنيفة، أو كان من أصحاب أبي حنيفة وأداه اجتهاده فيها إلى العمل بقول الشافعي جاز.

وقال بعض الفقهاء وساعده بعض أصحابنا: قد استقرت اليوم مذاهب الفقهاء وتعين الأئمة المتبعون فيها فلا يجوز لمن اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره فمنع أصحاب أبي حنيفة أن يحكموا بمذهب الشافعي، ومنع أصحاب الشافعي أن يحكموا بمذهب أبي حنيفة، لأجل التهمة، وأن يجعل القضاة ذلك ذريعة إلى الممايلة، وأوجبوا على كل منتحل لمذهب أن يحكم بمذهب صاحبه.

وهذا وإن كان الرأي يقتضيه فأصول الشرع تنافيه؛ لأن على الحاكم أن يحكم باجتهاد نفسه وليس عليه أن يحكم باجتهاد غيره.

وقال أصحاب أبي حنيفة: الحاكم مخير بين أن يحكم باجتهاد نفسه أو باجتهاد من هو أعلم منه من أهل عصره أو ممن اعتزى إلى مذهبه استدلالاً بأن عبد الرحمٰن بن عوف لما توسط أمر الشورى وانتصب لاختيار الإمام منهم قال لعلي بن أبي طالب أبايعك على كتاب الله وسنة رسوله وسيرة الشيخين أبي بكر وعمر فقال علي: بل على كتاب الله وسنة رسوله ﷺ واجتهد رأيي، فعدل إلى عثمان فقال له مثل ذلك فقال نعم فبايعه.

فاستدلوا بهذا الحديث من وجهين:

أحدهما: أن علياً امتنع من تقليدهما؛ لأنه رأى أنه أعلم منهما وأجاب عثمان إلى تقليدهما؛ لأنه رأى أنهما أنه أعلم منه.

والثاني: أن عبد الرحمٰن لما رأى أنهما أعلم من غيرهما دعا إلى تقليدهما.

والدليل على أنه لا يجوز للحاكم أن يقلد غيره وإن كان أعلم منه هو أن رسول الله ﷺ قال لمعاذ: «بم تحكم؟» قال: بكتاب الله. قال: «فإن لم تجد؟» قال: بسنة رسول الله قال: «فإن لم تجد؟» قال: أجتهد رأيي ولا آلو. فقال رسول الله ﷺ: «الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله».

فدل على أنه ليس له بعد اجتهاد رأيه أن يقلد أحداً.

ولأن كل من جاز له الحكم باجتهاده لم يجز له الحكم باجتهاد غيره، قياساً على ما إذا كان الحاكم أعلم ولأن كل مشتركين في آلة الاجتهاد فليس لأحدهما تقليد صاحبه وإن كان أعلم منه قياساً على الاجتهاد في القبلة ولأن كل مجتهد لم يجز له تقليد مثله لم يجز له تقليد من هو أعلم منه كالمفتي.

ولأن ما حَرُم من التقليد على المفتي حرم على الحاكم، كالتقليد مع النص.

فأما الجواب عن حديث عبد الرحمٰن: فهو أنه محمول على السيرة والسياسة دون الأحكام والله أعلم.

إبطال الاستحسان

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَحْسِنَ بِغَيْرِ قِيَاسٍ وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَجَازَ أَنْ يُشْرِعَ فِي الدِّينِ».

قال الماوردي: أما الاستحسان فيما أوجبته أدلة الأصول واقترن به استحسان العقول فهو حجة متفق عليها يلزم العمل بها.

فأما استحسان العقول إذا لم يوافق أدلة الأصول فليس بحجة في أحكام الشرع.

والعمل بدلائل الأصول الشرعية أوجب وهي أحسن في العقول من الانفراد عنها.

وقال أبو حنيفة: الاستحسان في الشرع حجة توجب الأحكام الشرعية.

واختلف أصحابه في بيان مذهبه فيه:

فقال بعضهم: هو العمل بأقوى القياسين.

وهذا مما نوافقه عليه؛ لأنه الأحسن.

وقال بعضهم: هو القول بتخصيص العلة كما خص خروج الجص والنورة من علة الربا وإن كان مكيلاً.

وهذا أصل نخالفه فيه؛ وللكلام عليه موضع غير هذا.

وقال بعضهم: أن يترك أقوى القياسين بأضعفهما إذا كان حسناً، كالشهادة على الزنا في الزوايا.

وهذا نخالفه فيه؛ لأن أقوى القياسين عندنا أحسن من أضعفهما.

وقال بعضهم: هو ما غلب في الظن وحسن في العقل من غير دليل ولا أصل وإن دفعه من دلائل الشرع أصل.

هذا هو أفسد الأقاويل كلها.

أدلة القائلين بالاستحسان.

واستدلوا على العمل بالاستحسان في الجملة بقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ [الزمر: ١٨].

وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

قالوا ولأن المسلمين قد أجمعوا على أحكام عدلوا عن الأصول فيها إلى الاستحسان، منها دخول الواحد إلى الحمام، يستعمل ماء غير مقدر، ويقعد فيه زماناً غير مقدر، ويعطي عنه عوضاً غير مقدر، ويشرب من الساقي ماء غير مقدر ويعطي عنه عوضاً غير مقدر، ويشتري المأكول بالمساومة من غير عقد يتلفظ فيه ببدل وقبول، وهذا مخالف للأصول، وقد عمل المسلمون به استحساناً فدل على أن الاستحسان حجة وإن لم يقترن بحجة.

والدليل على فساد الاحتجاج بمجرد الاستحسان قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾ [النساء: ٥٩] فجعل الأحسن في التنازع ما كان مأخوذاً عن أوامر الله ورسوله ﷺ وكفى بالتنازع قبحاً أن يكون مأخوذاً من غيرهما.

وقال الله تعالى: ﴿لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ﴾ [النساء: ٨٣] فنفي العلم عن غير المستنبط . والاستنباط هو البناء على معاني الأصول دون الظن والاستحسان.

ولأن في الظن والاستحسان اتباع لهوى، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَتَّبِعِ الهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [ص: ٢٦].

ولأنه لا يخلو أن يكون الحكم مجمعاً عليه أو مختلفاً فيه.

فإن كان مجمعاً عليه، وجب اتباع الإجماع فيه.

وإن كان مختلفا فيه فالله تعالى يقول: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ [الشورى: ١٠] ولم يقل إلى الاستحسان ولأن الاستحسان بالدليل يوجب الاتفاق عليه.

والاستحسان بغير دليل يوقع الاختلاف فيه لاختلاف الآراء والله تعالى يقول: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافاً كَبِيراً﴾ [النساء: ٨٢] فدل على أن الاستحسان من عند غير الله لوقوع الاختلاف فيه.

ولأنه لو كان الاستحسان بالعقل مغنياً في أحكام الشرع عن أصول الشرع لاستغنى بعقله عن الأمر والنهي ولجاز له أن يشرع في الدين بعقله من غير شرع، والله تعالى يقول: ﴿أَيَحْسَبُ الإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًىً﴾ [القيامة: ٧٦] يعني: غير مأمور ولا منهي.

ولأن القياس أقوى من الاستحسان لجواز تخصيص العموم بالقياس دون الاستحسان فلم يجز أن يقدم عليه الاستحسان.

ولأنه لو كان الاستحسان دليلاً لجاز أن يجعله في ترك الاستحسان دليلاً فيؤول إثباته إلى إبطاله.

الجواب على أدلة القائلين به.

فأما الجواب عن استدلالهم بقوله تعالى: ﴿**الذي يستمعون القول فيتبعون أحسنه**﴾ [الزمر: ١٨] فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه أمره باتباع الأحسن دون المستحسن والأحسن ما كان في نفسه حسناً والمستحسن ما استحسنه الغير وإن لم يكن حسناً فافترقا، ولزم اتباع الأحسن دون المستحسن.

والجواب الثاني: أنه وارد فيما جاء به الكتاب من ثواب الطاعات وعقاب المعاصي فيتبعون الأحسن من فعل الطاعة واجتناب المعصية.

والجواب الثالث: أنه محمول على ما جعل له من استيفاء الحق، وندب إليه من العفو، كما قال تعالى: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فِي القَتْلَى الحُرُّ بِالْحُرِّ وَالعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنْثَىٰ بِالأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ**﴾ [البقرة: ١٧٨] فجعل له القصاص وندب فيه إلى العفو فكان العفو أحسن من القصاص.

فأما الجواب عن قوله: «ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن عند الله» فمن وجهين:

أحدهما: أنه موقوف على ابن مسعود فلم يكن فيه حجة.

والثاني: أنه لا يخلو مراده من أحد أمرين:

إما أن يريد ما رآه جميع المسلمين حسناً فهو الإجماع ونحن نقول به.

أو يريد ما رآه بعضهم حسناً فليس بعضهم الذي استحسنه بأولى من البعض الذي استقبحه وهذا يتعارض فصار محمولاً على الإجماع دون الاختلاف.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الإجماع منعقد على استحسان ما خالف الأصول فيما ذكروه من الأمثلة فمن وجهين:

أحدهما: أن الإجماع على هذا انعقد فصرنا إليه بالإجماع لا بالاستحسان.

والثاني: أن ما تراضى به الناس في معاملاتهم وتسامحوا به في عرفهم لم يعارضوا فيه ما لم يفض إلى الربا واستباحة الفروج، ولو تحاكموا إلينا فيه لحملناه على موجب الأصول.

فإن قيل: فقد أنكر الشافعي الاستحسان، وقال به في مسائل:

منها: أنه قال في المتعة «واستحسن بقدر ثلاثين درهماً» وقال في الشفعة: «إنه يؤجل ثلاثاً وذلك استحسان مني وليس بأصل»، وقال في إيمان الحكام: «وقد رأيت بعض الحكام يحلف بالمصحف، وذلك عندي حسن» وقال في الأذان: «حسن أن يضع إصبعيه في صماخي أذنيه».

قيل: لم يقل الشافعي ذلك بمجرد الاستحسان، وإنما قاله لدليل اقترن به:

أما استحسانه المتعة بقدر ثلاثين درهماً فلأن ابن عمر قاله، ومذهبه في القديم: أن الصحابي إذا انفرد بقول لم يظهر خلافه فهو حجة.

وأما استحسانه الشفعة أن يؤجل ثلاثاً فلأن الناس قد أجمعوا على تأجيله في قريب الزمان في مبيته بقية ليلته وإمهاله لزمان أكله وشربه ولباسه فجعل القريب مقدراً بثلاثة أيام، لقوله تعالى: ﴿تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥] فجعلها حداً للقرب.

وأما استحسانه للحاكم أن يحلف بالمصحف فلأن الأيمان قد تغلظ في كثير الأموال فجاز أن تغلظ بالمصحف الموجب للكفارة لما فيه من فضل الخوف والتحرج.

وأما استحسانه أن يضع إصبعيه في صماخي أذنيه فلأن بلالاً كان يفعله بمشهد رسول الله ﷺ، ولأنه أمد لصوته.

فلم يخل ما استحسنه من دليل اقترن به.

والاستحسان بالدليل معمول عليه وإنما ننكر العمل بالاستحسان إذا لم يقترن به دليل.

تقسيم الشافعي للقياس.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالْقِيَاسُ قِيَاسَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ فِي مَعْنَى الأَصْلِ فَذَلِكَ الَّذِي لَا يَحِلُّ لأَحَدٍ خِلَافُهُ وَالآخَرُ أَنْ يُشْبِهَ الشَّيْءُ الشَّيْءَ مِنَ أَصْلٍ وَيُشْبِهُ الشَّيْءَ مِنْ أَصْلٍ غَيْرِهِ فَيُشْبِهَهُ هَذَا بِهَذَا الأَصْلِ وَيُشْبِهُهُ الآخَرُ بِأَصْلٍ غَيْرِهِ وَمَوْضِعُ الصَّوَابِ فِي ذَلِكَ عِنْدَنَا أَنْ يَنْظُرَ فَإِنْ أَشْبَهَهُ أَحَدُهُمَا فِي خَصْلَتَيْنِ وَالآخَرُ فِي خَصْلَةٍ أَلْحَقَهُ بِالَّذِي أَشْبَهَهُ فِي الْخَصْلَتَيْنِ».

قال الماوردي: قد قدمنا من أقسام القياس ما أقنع وأوضحنا من أمثلته ما كفى.

فأما قول الشافعي هاهنا «والقياس قياسان» ففي تأويله وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من كلامه، أنه أراد بالأول قياس المعنى وبالثاني قياس الشبه.

فإن قيل: فقد جعل الأول لا يجوز خلافه، وقياس المعنى يجوز خلافه إذا كان خفياً، ولا يجوز خلافه إذا كان جلياً، فعنه جوابان:

أحدهما: أنه أراد الجلي دون الخفي.

والجواب الثاني: أنه أرادهما معاً فالجلي لا يجوز خلاف حكمه والخفي لا يجوز ترك قياسه.

والوجه الثاني: في تأويل كلامه أنه أراد بالقياس الأول ما لا يجوز خلافه وهو القياس الجلي من قياسي المعنى وقياس التحقيق من قياسي الشبه، لأن خلافهما لا يجوز، وأراد بالقياس الثاني: ما يجوز فيه الاختلاف، وهو القياس الخفي من قياسي المعنى وقياس التقريب من قياسي الشيء، فيكون تأويله على الوجه الأول محمولاً على معنى لفظه وتأويله على الوجه الثاني محمولاً على معنى حكمه.

[حكم الاجتهاد عند الشافعي وتخطئته للمجتهدين]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴿فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْماً وَعِلْماً﴾ [الأنبياء: ٧٩] قَالَ الْحَسَنُ لَوْلاَ هَذِهِ الآيَةُ لَرَأَيْتُ أَنَّ الْحُكَّامَ قَدْ هَلَكُوا وَلَكِنَّ اللَّهَ حَمِدَ هَذَا لِصَوَابِهِ وأَثْنَى عَلَى هَذَا بِاجْتِهَادِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا من أحكام الاجتهاد ما أغنى، ومراد الشافعي بما أشار إليه من هذا ما قدمناه من بيان مذهبه في الاجتهاد في ثلاثة أحكام:

أحدها: أن عليه بالاجتهاد أن يتوصل إلى طلب العين، وإصابة الحكم في الحادثة. وخالفه غيره فأوجب عليه الاجتهاد ليعمل بما أداه إليه.

والثاني: أن الحق في أحد أقاويل المجتهدين، لا في جميعها وخالفه غيره فجعل الحق في جميعها.

والثالث: أن المصيب من المجتهدين واحد، وإن لم يتعين، وأن كلهم مخطىء عند الله، وفي الحكم، إلا ذلك الواحد، فإنه يكون مصيباً عند الله، وفي الحكم وخالفه غيره فجعل كل مجتهد مصيباً عند الله وفي الحكم.

[الاعتراض على الشافعي بأن له في المسالة الواحدة قولين]

فإذا استقرت هذه الأحكام الثلاثة من مذهبه في الاجتهاد اعترض بها عليه من خالفه في إنكار القولين، فقالوا: كيف استجاز أن يحكم في حادثة بقولين مختلفين وثلاثة أقاويل وأكثر وهو يرى أن عليه طلب العين وأن الحق في واحد وإن كل مجتهد مخطىء إلا واحداً.

فكان حكمه بالقولين خطأ من أربعة أوجه:

أحدها: أنه خالف بذلك أصول مذهبه في الاجتهاد، لأن العمل بالقولين يمنع من وجوب طلب العين، ويجعل الحق في جميع الأقاويل، ويجعل كل مجتهد مصيباً، فنقض بفروع الاجتهاد أصول مذهبه في الاجتهاد، وكفى بهذا التناقض فساداً لقوله ووهناً لمذهبه.

والوجه الثاني: أنه ابتدع بذلك طريقة خرق بها إجماع من تقدمه وأنه لم يتقدم من عصر الصحابة ومن بعدهم إلى زمانه من أجاب في حكم بقولين مختلفين في حال واحد، وكانوا من بين من استقر له جواب ذكره أو خفي عليه فأمسك عنه، ولم يجب أحد منهم في حكم بقولين، لأن الجواب ما أبان وليس في القولين بيان، وخرق الإجماع بالقولين كخرقه بغير القولين.

والوجه الثالث: أن التناقض فى أحكام الشرع ممتنع، والحلال ليس بحرام، والحرام ليس بحلال، والإثبات ليس بنفي، والنفي ليس بإثبات، وهو بالقولين قد حلل الشيء في أحدهما وحرمه في الآخر، وأثبته بأحدهما ونفاه الآخر، وما أضاف إلى الشرع ممتنعاً فيه وجب أن يكون مدفوعاً به.

والوجه الرابع: أنه لا يخلو إرسال القولين في أحد أمرين: إما أن يكون لضعف اجتهاده، أو لرأيه في تكافىء الأدلة، وضعف الاجتهاد نقص يقتضي أن يكون فيه تابعاً غير متبوع، وتكافىء الأدلة وإن قال به قوم فقد خالفهم فيه الأكثرون، ولا يجوز مع تكافئها أن يكون له حكم فيها ولا مذهب يعتقده فيها.

فأبطلوا عليه القول بالقولين من هذه الوجوه الأربعة، وإن كان ما اعترضوا به كثيراً.

فنحن نذكر قبل الانفصال عنها أقسام القولين فإذا توجه الاعتراض بها على أحد الأقسام لزم الانفصال عنه وإن لم يتوجه سقط.

فصل: [أنواع قولي الشافعي]

وذكره الشافعي من القولين ينقسم إلى عشرة أقسام:

أحدها: أن يقيد جوابه في موضع ويطلقه في آخر مثل قوله في أقل الحيض «أنه يوم وليلة» وقال في موضع: «أقله يوم» يريد به مع ليلته، وهذا معهود في كلام العرب، وجاء القرآن بحمل المطلق على ما قيد من جنسه، كقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. حمل إطلاقه في العدالة على ما قيد بها في قوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. ومثل هذا لا اعتراض على الشافعي فيه. وإن وهم بعض أصحابه فخرجه قولاً ثانياً، فلم يعد وهمه على الشافعي.

والقسم الثاني: ما اختلفت فيه ألفاظه، ومعانيها متفقة، مثل قوله في

المظاهر: «وإذا منع الجماع، أحببت أن يمنع القبل والتلذذ» وقال في القديم: «رأيت أن يمنع» يريد به الاستحباب، فإن حمله بعض أصحابه على قولين كان لاختلافهم في تأويل لفظه لأن قوله: «رأيت» يحتمل أن يحمل على الاستحباب والإيجاب، ولا يمتنع وجود مثله في كتاب الله، فلم يتوجه على الشافعي فيه اعتراض.

والقسم الثالث: ما اختلف قوله فيه لاختلاف حاله، كالصداق إذا ذكر في السر مقداراً وذكر في العلانية أكثر منه، قال في موضع: الصداق صداق السر، وقال في موضع: «الصداق صداق العلانية، وليس ذلك منه لاختلاف قوله فيه، ولكن لاختلاف حال الصداقين، فإن اقترن بصداق السر عقد فهو المستحق، ويكون صداق العلانية مجملاً وإن اقترن العقد بصداق العلانية فهو المستحق وكان صداق السر موعداً.

فإن قيل: فهلا أبان ذلك.

قيل: قد أبانه بما قرره من أصول مذهبه، وأمثال هذا كثير.

والقسم الرابع: ما اختلف قوله فيه لاختلاف القراءة أو لاختلاف الرواية: فاختلاف القراءة مثل قوله تعالى: ﴿أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [النساء: ٤٣]. أو «لمستم النساء» فلامستم يوجب الوضوء على اللامس والملموس ولمستم يوجبه على اللامس دون الملموس، واختلاف الرواية كالمروي عنه ﷺ في بيان المواقيت «أنه صلى عشاء الآخرة في الوقت الثاني حين ذهب من الليل نصفه».

وفي خبر آخر: «حين ذهب من الليل ثلثه». فلأجل اختلاف القراءة والرواية ما اختلف قوله ومثل هذا لا يتوجه عليه إنكار فيه، لأن اختلاف الدليل أوجب اختلاف المدلول.

والقسم الخامس: ما اختلف قوله فيه، لأنه عمل في أحد القولين على ظاهر من كتاب الله ثم بلغته سنة ثابتة نقلته عن الظاهر إلى قول آخر، كقوله تعالى في صيام التمتع: ﴿فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٦]. فأخذ بظاهره وأوجب صيامها في أيام التشريق، لأنها الظاهر من أيام الحج ثم روى له عن النبيّ ﷺ «أنه نهى عن صيامها». فعدل بهذه الرواية عما عمل به من ظاهر الكتاب، وأوجب صيامها، بعد إحرامه وقبل عرفة، اتباعاً للسنة. ومثل قوله في الصلاة الوسطى فلا إنكار عليه في هذا العدول، لأنه عمل في الحالين بدليل.

والقسم السادس: ما اختلف قوله فيه لأنه أدّاه اجتهاده إلى أحدهما في حال ثم أدّاه اجتهاده إلى القول الآخر في الحال الآخرى ومثل هذا لا ينكر. قد فعله الصدر الأول ومن بعدهم من جميع الفقهاء، هذا عمر بن الخطاب قد اختلف قوله في ميراث الإخوة مع الجد فأسقطهم به في أول قوله وأشركهم معه في آخر قوله، وحكم في

المشركة في العام الأول بالتشريك، وفي العام الثاني بإسقاط التشريك وقال: «تلك على ما قضينا وهذه على ما قضيناه»، واختلف قول علي بن أبي طالب في ميراث الجد على أقاويل وقال في بيع أمهات الأولاد: «اجتمع رأيي ورأي أبي بكر وعمر على تحريم بيعهن وقد رأيت أن بيعهن جائز». وليس أحد من الفقهاء إلا وقد اختلفت عنه الرواية في الأحكام فسماها أصحابهم «روايات» وسماها أصحاب الشافعي أقاويل وهذه طريقة لم يبتدعها الشافعي، وهي أدل على الورع وأبعث على الاجتهاد.

والقسم السابع: أن تبلغه سنة لم تثبت عنده وقد عمل بالقياس فيجعل قوله من بعد موقوفاً على ثبوت السنة، كالذي جاءت به السنة من الصيام عن الميت والغسل من غسل الميت، رويا له من طريقين ضعيفين فقال بموجب القياس بأن لا صيام عن الميت، ولا غسل من غسله، ثم قال ما روي وقال: «إن صح الحديث قلت به». فأظهر موجب القياس وأوجب العدول عنه إن صحّ الحديث. وقال: كل قول قلته فثبت عن النبيّ ﷺ خلافه فأنا أول راجع عنه. وهذا مما يجب عليه أن يظهر الاختلاف فيه وأن يقفه على السنة إن ثبتت، وعلى القياس إن لم تثبت.

والقسم الثامن: أن يقصد بذكر القولين إبطال ما توسطهما، ويكون مذهبه منها ما فرع عليه وحكم به مثل قوله في وضع الجوائح، وقد قدرها مالك بوضع الثلث: «ليس إلا واحد من قولين إما أن توضع جميعها أو لا يوضع شيء منها» ومن قوله في الجارية الموصى بها إذا ولدت أو وهب لها بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له لما جعل أهل العراق بعض ولدها وبعض ما وهب لها لورثة الموصي وبعضه للموصى له: «ليس إلا واحد من قولين إما أن يملكها الموصى له بالموت فيكون كل ذلك، وإما أن يملكها بالقبول، فكل ذلك للورثة وليس لتبعيضه مع عدم قول ثالث وجه، وهذا تحقيق يبطل به ما خالف القولين.

والقسم التاسع: أن يذكر القولين إبطالاً لما عدّاهما ويكون مذهبه موقوفاً على ما يؤدّيه اجتهاده إليه من صحة أحدهما، وإن لم يكن قائلاً بهما، ومثل هذا قد جاء به الشرع والعمل.

أما الشرع: فقوله عليه السلام في ليلة القدر: «التمسوها في العشر الأواخر من رمضان». فنفي أن تكون في غير شهر رمضان، وفي غير العشر الأواخر منه، وجعلها موقوفة على الاجتهاد في العشر الأواخر. وأما العمل فما فعله عمر في أهل الشورى جعلها في ستة نفى بهم طلب الإمام في غيرهم ووقف الإمامة فيهم على من يؤدي الاجتهاد إليه منهم. وهذا عمل انعقد به إجماعهم.

والقسم العاشر: أن يذكر القولين ليدل على أن لكل واحد منهما في الاجتهاد وجهاً، ولا يقطع بأحدهما لاحتمال الأدلة، ولا يعمل بها لاختلاف الحكم، ويفرع

على كل واحد منهما إن صح. وليس ينكر من العلماء التوقف عند الاشتباه. هذا رسول الله ﷺ قد توقف في أشياء حتى نزل عليه الوحي. روي عنه عليه السلام أنه قال: «المؤمن وقاف والمنافق وثاب»[1]. ويكون مقصود الشافعي بذكر القولين أمرين:

أحدهما: إبطال ما عداهما أن يكون له في الاجتهاد وجه والثاني إثبات كل واحد منهما أن له في الاجتهاد وجهاً وليس يجيب بهما إذا استفتى فيخير السائل بينهما وإنما يجتهد رأيه في الجواب بأحدهما فلم يصر قائلاً بهما ولا معتقداً لصحتهما، وإنما يجوز أن يكون كل واحد منهما هو الأصح، وإن لم يقطع في الحال بالأصح وهذا إنما قاله في عدد من المسائل قيل إنها سبع عشرة مسألة. فلم يتوجه عليه ما تقدم من الاعتراض، ولا أبطل ما قرره من مذهبه في الاجتهاد. وفي هذا التقسيم انفصال عن الاعتراض فسقط به الاعتراض والله أعلم.

[الاعتراض عليه بأجور المجتهدين]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ» (قَالَ الشَّافِعِيُّ) فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ يُثَابُ عَلَى أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِمَّا يُثَابُ عَلَى الآخَرِ فَلاَ يَكُونُ الثَّوَابُ فِيمَا لاَ يَسَعُ وَلاَ فِي الْخَطَإِ الْمَوْضُوعِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَا أَعْرِفُ أَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ لاَ يُؤْجَرُ عَلَى الْخَطَإِ وَإِنَّمَا يُؤْجَرُ عَلَى قَصْدِ الصَّوَابِ وَهَذَا عِنْدِي هُوَ الْحَقُّ».

قال الماوردي: والمقصود بهذا الحديث بعد ما قدمناه من أحكام المجتهدين في الخطأ والصواب أمران:

أحدهما: أن جعل للخاطىء أجراً.

والثاني: أن الحديث قد روي مختلفاً.

فأما جعله للخاطىء أجراً، فلم يجعله مستحقاً للأجر على خطئه وإنما جعله مستحقاً له على اجتهاده، فإن أصاب ظفر مع أجر الاجتهاد بأجر الصواب فصار له أجران أحدهما باجتهاده والآخر بصوابه. وإن أخطأ ظفر بأجر اجتهاده، وحرم أجر صوابه، كما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «من هم بحسنة فلم يعمل بها كتبت له حسنة وإن عمل بها كتبت له عشراً».

---

(١) أخرجه الديلمي والقضاعي عن أنس بإسناد ضعيف كشف الخفا ٢/ ٤٠٥ (٢٦٨٣).

وأما اختلاف الحديث فأشهر الحديثين هذا وهو المتداول بين الفقهاء أن النبيّ ﷺ قال: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر» والحديث الثاني ما رواه أحمد بن حنبل عن فرج بن فضالة عن محمد بن عبدالأعلى عن أبيه عن عبدالله بن عمرو بن العاص عن أبيه قال: «اختصم إلى النبيّ ﷺ رجلان وأنا جالس فقال يا عمرو اقض بينهما. فقلت: يا رسول الله وأنت شاهد؟ قال: نعم قلت على ماذا؟ قال على أنك إذا أصبت فلك عشر حسنات وإن اجتهدت فأخطأت فلك حسنة واحدة».

فاختلف أجر المصيب في الخبرين فجعل له في الأول أجرين وجعل له في الثاني عشراً.

وفي هذا الاختلاف تأويلان:

أحدهما: أنه جعل له أجرين إذا وصل إلى الصواب بأول اجتهاد وجعل له عشراً إذا وصل إليه بتكرار الاجتهاد ليكون أجره بحسب قلة اجتهاده وكثرته.

والتأويل الثاني: أنه أجر بالعشر لمضاعفة الحسنة بعشر أمثالها وأجر في الآخر بأجرين من غير مضاعفة، لأنه في الأصل أجر وفي المضاعفة عشر.

[نقض الحكم]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «مَنِ اجْتَهَدَ مِنَ الْحُكَّامِ فَقَضَى بِاجْتِهَادِهِ ثُمَّ رَأَى أَنَّ اجْتِهَادَهُ خَطَأٌ أَوْ وَرَدَ عَلَى قَاضٍ غَيْرِهِ فَسَوَاءٌ فَمَا خَالَفَ كِتَاباً أَوْ سُنَّةً أَوْ إِجْمَاعاً أَوْ مَا فِي مَعْنَى هَذَا رَدَّهُ وَإِنْ كَانَ يَحْتَمِلُ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ وَيَحْتَمِلُ غَيْرَهُ لَمْ يَرُدَّهُ وَحَكَمَ فِيمَا اسْتَأْنَفَ بِالَّذِي هُوَ الصَّوَابُ عِنْدَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا بان للقاضي أنه قد أخطأ في حكمه أو بان له أن غيره من القضاة قد أخطأ في حكمه فذلك ضربان:

أحدهما: أن يخطىء فيما يسوغ فيه الاجتهاد.

والثاني: أن يخطىء فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد.

فإن أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد وهو أن يخالف أولى القياسين من قياس المعنى الخفي أو أولاهما من قياس التقريب في الشبه كان حكمه نافذاً وحكم غيره من القضاة به نافذاً لا يتعقب بفسخ ولا نقض.

فإن عمر لم يشرّك في عام وشرّك في عام فلما قيل له: إنك لم تشرك في العام

الماضي بين ولد الأم وبين ولد الأب والأم فكيف تشرك الآن؟ قال تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا.

وحكم أبو بكر بالتسوية بين المهاجرين والأنصار في العطاء ولم يفضل بالسابقة وقال: «إنما عملوا لله وإنما أجورهم على الله وإنما الدنيا بلاغ» ولم يفرض للعبيد مع ساداتهم.

وفضل عمر بين المهاجرين والأنصار بالسابقة وفرض للعبيد.

وسوى علي بين المهاجرين والأنصار كفعل أبي بكر وفرض للعبيد كفعل عمر.

ولم ينقض بعضهم حكم بعض لنفوذه باجتهاد سائغ.

فإن قيل: فقد نقض على حكم شريح في ابني عم أحدهما أخ لأم حين حكم بالميراث لابن العم الذي هو أخ لأم وأجراهما مجرى أخوين أحدهما لأب والآخر لأب وأم.

فعنه جوابان:

أحدهما: أنه رده عنه قبل نفوذ حكمه به.

والثاني: نقضه عليه بعد نفوذه، لأنه خالف فيه ظاهر النص في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١٢].

وإذا ثبت ما ذكرنا ولم يجز له نقض ما ثبت باجتهاد مسوغ لم يجز أن يحكم في المستقبل إلا باجتهاد ثانٍ دون الأول.

ولو بان له فساد الاجتهاد الأول قبل تنفيذ الحكم به حكم بالاجتهاد الثاني دون الأول.

ومثال ذلك ما يقوله في المجتهد في القبلة إن بان له بالاجتهاد خطأ ما تقدم من اجتهاده قبل صلاته عمل على اجتهاده الثاني دون الأول، وإن بان له بعد صلاته لم يعد ما صلى واستقبل الصلاة الثانية بالاجتهاد الثاني.

فصل: وإذا خالف ما لا يسوغ فيه الاجتهاد وهو أن يخالف نصاً من كتاب أو سنة أو إجماع أو خالف من قياس المعنى القياس الجلي أو خالف من قياس الشبه قياس التحقيق نقض به حكمه وحكم غيره.

وقال أبو حنيفة ومالك: إن خالف معنى نص الكتاب أو السنة أو قياس جلي أو خفي لم ينقض حكمه وإن خالف إجماعاً نقض حكمه. وهذا قول مستبعد، لكنه محكي عنهما، ثم ناقضاً في هذا القول.

فقال مالك: إن حكم بالشفعة للجار نقض حكمه. وقال أبو حنيفة: إن حكم بالقرعة بين العبيد نقض حكمه وإن حكم بجواز بيع ما لم يذكر اسم الله عليه عند ذبحه نقض حكمه.

وقال محمد بن الحسن: إن حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه.

وهذا المذهب مع استبعاده متناقض.

والدليل على فساده قوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ والرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩]. يعني إلى حكم الله وحكم الرسول.

وقال النبيّ ﷺ: «ردوا الجهالات إلى السنن».

وقال ﷺ: «من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد».

ولأن عمر بن الخطاب عدل عن اجتهاده في دية الجنين حين أخبره حمل بن مالك أن النبيّ ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة.

وكان لا يورث امرأة من دية زوجها حتى روى له الضحاك بن سفيان أن النبيّ ﷺ ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها، فورثها عمر.

وكان يفاضل بين ديات الأصابع حتى روي له أن النبيّ ﷺ قال: «وفي كل إصبع مما هنالك عشر من الإبل».

وكتب عمر إلى أبي موسى الأشعري في عهده إليه: لا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك، وهديت فيه لرشدك، أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل.

وهذه كلها آثار لم يظهر لها في الصحابة مخالف فكانت إجماعاً.

ولأن الكتاب والسنة أصل للإجماع، لأنه لا يجوز أن ينعقد على ما خالف نص الكتاب أو السنة فلما نقض حكمه بمخالفة الإجماع كان نقضه بمخالفة الكتاب والسنة أولى.

ووضوح فساد هذا القول يغني عن استيفاء أدلته.

[هل يتعقب القاضي حكم من قبله]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَيْسَ عَلَى الْقَاضي أَنْ يَتَعَقَّبَ حُكْمَ مَنْ قَبْله وَإِنْ تَظَلَّمَ مَحْكُومٌ عَلَيْهِ مِمَّن قَبْله نُظِرَ فِيهِ فَرَدَّهُ أَوْ أَنْفَذَهُ عَلَى مَا وَصَفْتُ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن القاضي إذا تقلد عملاً لم يجب عليه أن يتعقب أحكام من قبله ولا يتتبعها لأمرين:

أحدهما: أن الظاهر منها نفوذها على الصحة.

والثاني: أنه ناظر في مستأنف الأحكام دون ماضيها.

فلهذين الأمرين لم يجب عليه أن يتعقبها.

فإن أراد أن يتعقبها من غير متظلم فقد اختلف أصحابنا في جواز ذلك له - وإن لم يجب عليه - على وجهين:

أحدهما: وقو قول أبي حامد الاسفراييني، يجوز له أن يتعقبها، لما فيه من فضل الاحتياط.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور البصريين: لا يجوز له أن يتعقبها من غير متظلم إليه لأمرين:

أحدهما: أنه يتشاغل بماضٍ لم يلزمه عن مستقبل يجب عليه.

والثاني: أنه يتتبع قدحاً في الولاة يتوجه عليه مثله.

فإن تظلم إليه من الأول متظلم لم تخل ظلامته من أن تكون في حكم أو غير حكم.

فإن كانت في غير حكم كدعوى دين عليه أو عقد عقده معه كان الأول في هذه الدعوى عليه كغيره من الخصوم يجوز للحاكم إحضاره وسماع الدعوى عليه والحكم بينه وبين خصمه.

وإن كان التظلم منه في حكم حكم به عليه لم يسمع الحاكم الدعوى منه مجملة حتى يصفها بما تصح الدعوى بمثله.

فإذا وصفها نظر الحاكم فيها، فإن كان الحكم بمثلها لا يجوز أن ينقض، لأنه خالف فيها من قياس المعنى القياس الخفي، أو خالف فيها من قياس الشبه قياس التقريب، رد المتظلم عنه ولم يُعْدِهِ واعلمه أن حكمه نافذ عليه.

فإن كان الحكم مما ينقض مثله، لمخالفته نص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي من قياسي المعنى أو قياس التحقيق من قياسي الشبه فقد اختلف أصحابنا بعد سماع هذه الدعوى منه فيما يستجيز به الحاكم إحضار الأول على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه لا يستجيز إحضاره بمجرد الدعوى حتى يقيم بها المتظلم بينة تشهد له بصحة دعواه، لأن الظاهر من أحكام الأول نفوذها على الصحة، فلم يجز أن يعدل فيها عن الظاهر إلا ببينة. ولأن تصان ولاة المسلمين عن البذلة إلا بما يوجبها.

والوجه الثاني: إن اقترن بدعواه أمارة تدل على صحتها من كتاب قضية أو محضر ظاهر الصحة أحضر به الأول، وإن تجردت الدعوى عن أمارة لم تحضره.

والوجه الثالث: أنه يحضره على الأحوال كلها، لاحتمال الدعوى وحسم التظلم ورفع الشناعة.

فإذا حضر الأول استأنف المتظلم دعواه.

فإذا كملها سأله الحاكم عنها إن أوجبت غرماً، ولم يسأله إن لم توجب غرماً.

لأن قوله بعد العزل غير مقبول في ماضي أحكامه.

ومقبول فيما لزمه غرمه.

وعمل الحاكم فيه على البينة بما تقوم به.

فإن اعترف بما يوجب الغرم ألزمه إياه.

وإن أنكره فقد اختلف أصحابنا في وجوب إحلافه عليه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري لا يحلفه عليه، لأنه استهلاك حكم وليس باستهلاك فعل وظاهر الأحكام نفوذها على الصحة، ويجب صيانة الحكام فيها عن البذلة.

والوجه الثاني: أن يحلف عليها، لأن حقوق الآدميين تستوي فيها الكافة ولا تختلف باختلافهم ولكن لو ادّعى المتظلم أنه ارتشى منه مالاً على الحكم فالرشوة ظلم كالغصوب فيجوز إحضار الأول بهذه الدعوى وإحلافه عليها إن أنكر.

اتخاذ المترجم:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا تَحَاكَمَ إِلَيْهِ أَعْجَمِيٌّ لاَ يَعْرِفُ لِسَانَهُ لَمْ تُقْبَلِ التَّرْجَمَةُ عَنْهُ إِلاَّ بِعَدْلَيْنِ يَعْرِفَانِ لِسَانَهُ».

قال الماوردي: أما إن كان الحاكم يعرف لسان الأعجمي فليس يحتاج إلى ترجمان، وإن كان لا يعرف لسان الأعجمي احتاج إلى مترجم يترجم للحاكم ما قاله الأعجمي.

حكم الترجمة.

واختلف في حكم الترجمة هل هي شهادة أو خبر؟.

فمذهب الشافعي أنها شهادة تفتقر إلى العدد.

وقال أبو حنيفة: الترجمة خبر لا يفتقر إلى عدد، بل تقبل فيها ترجمة الواحد إذا كان عدلاً.

استدلالاً بأن شرائع الدين لما قبلت عن الرسول ﷺ بخبر الواحد كانت الترجمة

به أولى، ولأنه لما جازت ترجمة الأعمى وإن لم تقبل شهادته جرت مجرى الخبر الذي تقبل فيه روايته.

ودليلنا أنه تثبيت إقرار يفتقر إلى الحرية والعدالة فوجب أن يفتقر إلى العدد كالشهادة، ولأنه نقل إقرارا لو كان في غير مجلس الحكم أن تكون شهادة تفتقر إلى عدد، فوجب إذا كان في مجلس الحكم أن تكون الشهادة تفتقر إلى عدد قياساً على ما لو أنكر بعد أن أقر.

وأما الجواب عن إخبار الرسول ﷺ فهو أنه لما جاز أن تقبل فيها إخبار العبد وإن لم تقبل في الترجمة جاز أن يقبل فيها خبر الواحد وإن لم يقبل في الترجمة.

وأما الجواب عن ترجمة الأعمى فهو أن الترجمة تفتقر إلى السماع دون البصر وشهادة الأعمى مقبولة فيما تعلق بالسماع وأن ردت فيما تعلق بالبصر.

فصل: ترجمة الوالد والولد والمرأة.

فإذا ثبت ما ذكرنا من أن الترجمة شهادة وليست بخبر فلا تقبل فيها ترجمة الوالد والولد كما لا تقبل شهادتهما.

فأما ترجمة المرأة فإن كانت فيما تقبل فيه شهادة المرأة كالإقرار بالأموال سمعت ترجمة المرأة وحكم فيها بترجمة رجل وامرأتين كالشهادة.

وإن كانت فيما لا تقبل فيه شهادة المرأة كالإقرار بالحدود والمناكح، لم تسمع فيه ترجمة المرأة، ونظر: فإن كانت فيما يثبت بشاهدين كغير الزنا حكمنا فيه بترجمة شاهدين عدلين.

وإن كانت بالزنا فقد اختلف قول الشافعي في الإقرار بالزنا على قولين.

أحدهما: أنه يثبت بشاهدين بخلاف فعل الزنا فعلى هذا يحكم فيه بترجمة شاهدين.

والقول الثاني: أنه لا يثبت إلا بشهادة أربعة كالزنا فعلى هذا لا يحكم فيه إلا بترجمة أربعة.

فصل: فإذا تقرر هذا لم يخل حال الخصمين من أن يكونا أعجميين أو أحدهما.

فإن كان أحدهما أعجمياً شهد المترجمان عند الحاكم بما قاله الأعجمي من دعوى أو جواب وأدياه بلفظ الشهادة دون الخبر.

وذهب بعض أصحابنا إلى أنهما يذكرانه بلفظ الخبر دون الشهادة.

وليس بصحيح؛ لأنه لما افتقر إلى عدد الشهادة وجب أن يفتقر إلى لفظها ثم

يذكر الحاكم ذلك للخصم العربي ويسمع جوابه عنه.

وإن كانا أعجميين فهل للمترجمين عن أحدهما أن يترجما عن الآخر أم لا؟ على وجهين من اختلاف الوجهين في الشاهدين إذا تحملا عن أحد شاهدي الأصل هل يتحملان عن الشاهد الآخر أم لا؟.

فإن قيل: بجوازه في التحمل، قيل بجوازه في الترجمة، وإن منع منه في التحمل منع منه في الترجمة.

فأما ترجمة ما قاله الحاكم للخصم الأعجمي فهي خبر محض وليس بشهادة؛ لأن الشهادة لا تكون إلا عند الحكام الملزمين. فيجوز فيها ترجمة الواحد وإن كان عبداً.

ويجوز أن يكون المترجم لأحد الخصمين هو المترجم للخصم الآخر وجهاً واحداً لوقوع الفرق بين الترجمة عند الحاكم وغير الحاكم بالوجوب والإلزام.

الشهود

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وإذا شَهِدَ الشُّهُودُ عِنْدَ القَاضِي كَتَبَ حِلْيَةَ كُلِّ رَجُلٍ وَرَفَعَ فِي نَسَبِهِ إنْ كَانَ لَهُ أَوْ وِلَايَةٍ إنْ كَانَتْ لَهُ وَسَأَلَهُ عَنْ صِنَاعَتِهِ وَكُنْيَتِهِ إنْ كَانَتْ لَهُ وَعَنْ مَسْكَنِهِ وعَنِ مَوْضِعِ بِيَاعَتِهِ وَمُصَلَّاهُ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حال الشهود إذا شهدوا عند القاضي من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم عدالتهم في الظاهر والباطن فيجوز أن يحكم بشهادتهم ويعمل على علمه في عدالتهم.

والحال الثانية: أن يعلم فسقهم في الظاهر والباطن أو في الباطن دون الظاهر، فلا يجوز أن يحكم بشهادتهم، ويعمل على علمه في فسقهم، فيحكم بعلمه في الجرح والتعديل. وهذا مما لم يختلف فيه مذهب الشافعي، وإن كان له في الحكم بعلمه فيما عداه قولان.

والحال الثالثة: أن لا يعرفوا بعدالة ولا فسق: فلا يخلو أن يعلم إسلامهم، أو لا يعلمه.

فإن لم يعلم إسلامهم لم يجز أن يحكم بشهادتهم، حتى يسأل عنهم وهذا متفق عليه. ولا يجوز أن يجري عليهم حكم الإسلام بظاهر الدار في سماع شهادتهم وإن أجرينا على اللقيط حكم الإسلام بظاهر الدار لما يتعلق بالشهادة من إلزام الحقوق التي لا تتعلق باللقيط.

وإن علم إسلامهم وجهل عدالتهم لم يجز أن يحكم بشهادتهم حتى يبحث عن عدالة ظاهرهم وباطنهم فيحكم بها بعد ثبوت عدالتهم.

وبه قال أكثر الفقهاء، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وسواء كان لهم سيما حسن وسمت جميل أو لم يكن.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يحكم بشهادتهم ويعمل على الظاهر من عدالتهم، ولا يلزمه البحث عنها إلا في الحدود التي لا يمكن استدراكها، أو يجرحهم الخصم المشهود عليه، فيلزمه في هاتين الحالتين البحث عن عدالتهم، ولا يلزمه البحث عنها فيما عداهما.

وقال مالك: إن كان لهم سيما جميل وسمت حسن حكم بشهادتهم من غير بحث عن عدالتهم، وإن لم يكن لهم سيما وسمت لم يحكم بشهادتهم، إلا بعد البحث عن عدالتهم استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾ [البقرة: ١٤٣].

ودليله من وجهين:

أحدهما: قوله «وسطاً» والوسط العدل ومنه قول الشاعر.

هُمْ وسط ترضى الأنام بحكمهم إذا نَزَلَتْ إحدى الليالي بمعظم[1]

والثاني: أنه جعلهم بما روي أن أعرابياً شهد عند رسول الله ﷺ برؤية الهلال. فقال له: «أتشهد أن لا إله إلا الله وإن محمداً رسول الله؟» قال: نعم فأمر بلالاً أن ينادي في الناس بالصيام من الغد، ولم يسأل عن عدالته، وعمل على الظاهر من حاله.

وروي أن النبي ﷺ قال «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في فرية» فحكم بظاهر العدالة، إلا من ثبت جرحه.

وبما روي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً عليه شهادة زورٍ أو ظنيناً في ولاء أو نسب، فإن الله تولى السرائر، ودرأ الحدود بالأيمان والبينات» وهذا عهد عمل به المسلمون، وتلقوه بالقبول فصار كالإجماع.

وقالوا: ولأن الفسق طارىء بما يستحدثه من فعل المعاصي بعد البلوغ، فوجب أن يستدام حكم عدالته ما لم يثبت خلافها من فسقه.

---

(١) البيت لزهير انظر ديوانه ٢/ ٢٧ ويروى الصدر: لي حلال يعصم الناس أمرهم.

قالوا: ولأنه لما اعتبر إسلامه في الظاهر دون الباطن وجب اعتبار عدالته في الظاهر دون الباطن.

ولأن الرواة لأخبار الديانات لما اعتبرت عدالة ظاهرهم دون باطنهم كان في الشهادات أولى.

ولأنه لما اعتبر في شهود المناكح عدالة الظاهر، كذلك شهود غير المناكح.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] وقال تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ فأمر بالعدل، ونهى عن الفاسق، فوجب البحث عن حاله ليعلم أنه من المأمور بهم أو المنهى عنهم، ولا يحكم بالعدالة عن جهالة كما لا يحكم بالفسق عن جهالة لاحتمال الأمرين.

وروى سليمان بن حريث قال شهد رجل عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له عمر: إني لست أعرفك ولا يضرك أن لا أعرفك فائتني بمن يعرفك فقال له رجل: أنا أعرفه يا أمير المؤمنين قال: بأي شيء تعرفه؟ قال: بالعدالة والفضل، . قال: هو جارك الأدنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه؟ قال: لا. قال: فمعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع؟ قال: لا قال: فصاحبك في السفر الذي يستدل به على مكارم الأخلاق؟ قال: لا قال: فلست تعرفه ثم قال للرجل: ائتني بمن يعرفك فدل هذا من قوله وفعله على وجوب البحث عن العدالة.

ومن القياس إن كل عدالة شرطت في الشهادة لم يجز الحكم بها مع الجهالة كالشهادة على الحدود.

ولأن كل شهادة وجب البحث عن عدالتها في الحدود وجب البحث عن عدالتها في غير الحدود كما لو طعن فيها الخصم.

ولأن كل عدالة وجب البحث عنها إذا طعن فيها الخصم وجب البحث عنها وإن لم يطعن الخصم كالحدود.

ولأن اعتبار العدالة مجمع عليه، وإنما الاختلاف في صفة الاعتبار، فهم اعتبروها بالظاهر ونحن نعتبرها بالبحث والبحث أقوى من الظاهر، فوجب أن يكون أحق بالاعتبار لما فيه من الاحتياط والاستظهار.

ولأنه لما لم يجز أن يحكم بإسلامه بالظاهر من دار الإسلام لأن فيها كفاراً لم يجز أن يحكم بعدالته بظاهر الإسلام؛ لأن في المسلمين فساقاً.

فأما الجواب عن قوله: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً﴾ [البقرة: ١٤٣] فمن وجهين:

أحدهما: أنهم شهدوا فيما أجمعوا عليه لقوله عليه السلام «لا تجتمع أمتي على ضلالة».

والثاني: أن المراد بها شهادتهم في الآخرة عند الله تعالى بأن الرسل قد بلغوا رسالة ربهم [ألا ترى كيف][1] قال: ﴿وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً﴾ [البقرة: ١٤٣] أن ما شهدتهم به حق.

وأما الجواب عن قوله: «المسلمون عدول» فهو أن ما أوجبه الإسلام من عمل الطاعات واجتناب المعاصي موجب لعدالتهم، وكذلك نقول فيهم إذا علمنا ذلك منهم، والبحث إنما يتوجه إلى العلم بهذا.

وكذا الجواب عن حديث الأعرابي.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الفسق طارىء فهو أن العدالة بفعل الطاعات، والفسق بفعل المعاصي، وكل واحد من الفعلين طارىء، فلم يكن الأخذ بأحدهما أولى من الآخر.

وأما الجواب عن قولهم: لما اعتبر ظاهر إسلامه اعتبر ظاهر عدالته فهو أن الإسلام اعتقاد يخفى فعمل فيه على الظاهر، والعدالة والفسق بأفعال تظهر فأوجبت البحث.

وأما الجواب عن عدالة الرواة: فقد اختلف أصحابنا فيها على وجهين:

أحدهما: أنه تعتبر فيهم عدالة الظاهر والباطن كالشهادة ولا تقبل روايتهم إلا بعد البحث عن عدالتهم فعلى هذا الوجه يسقط الاستدلال وهو أصح الوجهين.

والوجه الثاني: أنه يعتبر فيهم عدالة الظاهر ويعتبر في الشهود عدالة الظاهر والباطن.

والفرق بينما من وجهين:

أحدهما: أن أخبار الديانات يستوي فيها المخبر وغير المخبر، فكانت التهمة منتفية والاعتبار أخف، والشهادة يختلف فيها الشاهد والمشهود عليه، فكانت التهمة متوجهة والاعتبار أغلظ.

والثاني: أنه [قد يقبل في الرواية من النساء والعبيد من لم يقبل في الشهادة ويقبل خبر الراوي مع وجود المروي عنه، وتقبل منها رواية الواحد عن الواحد وهي التي تسمى العنعنة، لقوله حدثني فلان عن فلان. ومثل هذا كله لا يجوز في الشهادة][2] كذلك حال العدالة.

---

(١) في أ ألا تراه.

(٢) سقط في أ.

وأما الجواب عن عدالة شهود المناكح فقد كان بعض أصحابنا يذهب إلى اعتبار عدالتهم في الظاهر والباطن، كالشهادة في الحقوق، والذي عليه جمهورهم وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن المعتبر فيهم عدالة الظاهر دون الباطن.

والفرق بينه وبين الشهادة في الحقوق من وجهين:

أحدهما: أن عدالة الباطن لا يصل إليها غير الحكام، فاختص اعتبارها بالأحكام.

والثاني: أن عقود المناكح تكثر، وفي تأخيرها إلى البحث عن عدالة الباطن ضرر شاق فخالفت شهادة الأحكام.

فصل: اعتراف المشهود عليه بعدالة الشهود.

فإذا ثبت أن الحكم بشهادتهم لا يصح إلا بعد ثبوت عدالتهم، فاعترف المشهود عليه بعدالتهم، فقد اختلف أصحابنا في وجوب الحكم عليه بشهادتهم، على وجهين:

أحدهما: أنه يحكم عليه، لأن البحث عن عدالتهم معتبر في حقه فأسقط اعتباره فيهم باعترافه.

والوجه الثاني: أنه لا يحكم عليه بتزكيته لهم، لأن في الحكم بشهادتهم حكماً بعدالتهم، فلم يجز أن يحكم بها بتزكية الخصم.

تدوين أسماء الشهود وحليتهم.

وإذا كان كذلك وجب على الحاكم أن يثبت أسماء الشهود، وكناهم، ويرفع في أنسابهم، أو ولائهم، ويذكر ما هم عليه من صنائع ومكاسب، وبقاع مساكنهم، ويثبت حُلاهم وأوصافهم في ألوانهم وأبدانهم، لئلا تشتبه الأسماء والأنساب. وقد حكي عن ابن شبرمة أنه قال: شيئان ما عمل بهما قبلي أحد، ولا يتركهما بعدي أحد. تحلية الشهود، والسؤال عنهم سراً.

تزكية الشهود.

فإذا فرغ الحاكم من إثبات ما ذكرناه من أسماء الشهود وحلاهم، أذن لهم في الانصراف ليبحث عن عدالتهم سراً ثم جهراً، بأصحاب مسائله، على ما سنصفه من بعد ليثبت عنده ما هم عليه من عدالة أو فسق.

ويكون الكشف عن عدالتهم واجباً على الحاكم ولا يجب على المشهود له إقامة البينة بعدالتهم.

وقال المغربي وطائفة من أهل الظاهر: يجب ذلك على المشهود له دون الحاكم. إلا أن يتطوع به الحاكم؛ لأن إقامة البينة على المدعي دون الحاكم.

وهذا فاسد؛ لأن التعديل والجرح مستحق على الحاكم فوجب أن يكون الكشف عنهما مستحقاً عليه.

تفريق الشهود.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: وَأُحِبُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ سدةُ عُقُولٍ أَنْ يُفَرِّقَهُمْ ثُمَّ يَسْأَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى حِدَتِهِ عَنْ شَهَادَتِهِ وَالْيَوْمِ الَّذِي شَهِدَ فِيهِ وَالْمَوْضِعِ وَمِنْ فِيهِ لِيُسْتَدَلَّ عَلَى عَوْرَةٍ إِنْ كَانَتْ فِي شَهَادَتِهِ وَإِنْ جَمَعُوا الحَالَ الحَسَنَةَ وَالعَقْلُ لَمْ يَفْعَلْ بِهِمْ ذَلِكَ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حال من خفيت عليه عدالته من الشهود أن يراهم على كمال أو اختلال.

فإن رآهم على وفور العقل وشدة التيقظ وظهور الحزم لم يحتج إلى اختبارهم ولا أن يفرقهم لسؤالهم واقتصر على إثبات أسمائهم ليتولى أصحاب مسائله البحث عن عدالتهم.

وإن رآهم على اختلال من قلة الحزم وضعف الرأي واضطراب العقل اختبرهم قبل إثبات أسمائهم.

واختبارهم يكون بتفريقهم وسؤال كل واحد منهم على انفراده عن صفة شهادته، في سببها، وزمانها، ومكانها، لورود الشرع به عند الارتياب كالذي روى أن أربعة من حواشي نبي الله داود هموا بإصابة امرأة فامتنعت عليهم فشهدوا عليها عند داود بالزنا فهم برجمها فبلغ ذلك سليمان وهو يلعب مع الصبيان فاستدعى أربعة من الصبيان فشهدوا بمثل ذلك ثم فرقهم، وسألهم فاختلفوا فرد شهادتهم فبلغ ذلك داود ففرقهم وسألهم فاختلفوا فرد شهادتهم.

وقيل إن أول من فرق الشهود دانيال شهد عنده أربعة على امرأة بالزنا، ففرقهم، وسألهم، فاختلفوا، فدعا عليهم فنزلت نار فأحرقتهم.

وحكي أن سبعة خرجوا في سفر ففقد واحد منهم فجاءت امرأته إلى علي بن أبي طالب تدعي عليهم قتله ففرقهم وأقام كل واحد منهم إلى سارية ووكل به رجلاً واستدعى أحدهم وسأله فأنكر فقال علي الله أكبر فظنوا حين سمعوا تكبيره أنه كبر على إقرار الأول، ثم استدعاهم واحداً بعد واحد، فأقروا، فقال الأول: أنا ما أقررت. فقال «قد شهد عليك أصحابك». فثبت أن تفريق الشهود مع الارتياب ندب من سنن الأنبياء والأئمة لما فيه من الاحتياط ونفي الارتياب.

فإن اختلفوا عليه في الشهادة عند تفرقهم ردهم ولم يحكم بشهادتهم ولم يحتج إلى إثبات أسمائهم والبحث عن عدالتهم.

وعظ الشهود.

وإن اتفقوا ولم يختلفوا وعظهم بما يخافون به فضيحة الدنيا وعذاب الآخرة.

روى أبو حنيفة قال كنت عند محارب بن دثار وهو قاضي الكوفة فجاءه رجل ادعى على رجل حقاً فأنكر، فأحضر المدعي شاهدين فشهدا له بما ادعاه فقال المشهود عليه: والذي به تقوم السماوات والأرض ما كذبت في الإنكار ولقد كذبا علي في الشهادة ولو سألت عنهما لم يختلف فيهما اثنان، وكان محارب بن دثار متكئاً فاستوى جالساً وقال قد سمعت ابن عمر يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول أن الطير لتخفق بأجنحتها وترمي بما في حواصلها من هول يوم القيامة وإن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار فإن صدقتما فأثبتا وإن كذبتما فغطيا رؤوسكما وانصرفا فغطيا رؤوسهما وانصرفا.

وروي أن رجلين شهدا عند علي بن أبي طالب بالسرقة على رجل فقال المشهود عليه والله ما سرقت، ووالله لقد كذبا عليّ، فوعظهما علي واجتمع الناس فذهبا في الزحام فقال علي: لو صدقا لثبتا ولم يقطع الرجل.

ولأن الحسد والتنافس قد يبعث من قلت أمانته على الشهادة بالكذب: أما اعتماداً لإضرار، أو ارتشاء على شهادة الزور، فلزم الحاكم التحفظ فيها فيمن جهل حاله اختبره بما أمكن من الاختبار والوعظ.

فإن رجع بعد وعظه ستر عليه ولم يفضحه إلا أن يتحقق منه أنه شهد بزور فيكشف حاله ليتحرز منه الحكام.

فإن أقام بعد الوعظ على شهادته أثبت اسمه حينئذ للبحث عن عدالته والله أعلم.

صفات أصحاب المسائل أو المزكين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأُحِبُّ أَنْ يَكُونَ أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ جَامِعِينَ لِلْعَفَافِ فِي الطُّعْمَةِ وَالأَنْفُسِ وَافِرِي العُقُولِ بَرَاءَ مِنَ الشَّحْنَاءِ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ النَّاسِ أَوْ الحَيْفِ عَلَيْهِمْ أَوْ الحَيْفِ عَلَى أَحَدٍ بِأَنْ يَكُونُوا مِنْ أَهْلِ الأَهْوَاءِ وَالعَصَبِيَّةِ أَوْ المُمَاطَلَةِ لِلْنَّاسِ وَأَنْ يَكُونُوا جَامِعِينَ لِلأَمَانَةِ فِي أَدْيَانِهِمْ لاَ يَتَغَفَّلُونَ بِأَنْ يَسْأَلُوا الرَّجُلَ عَنْ عَدُوِّهِ فَيُخْفِي حَسَناً وَيَقُولَ قَبِيحاً فَيَكُونَ جُرْحاً وَيَسْأَلُوهُ عَنْ صَدِيقِهِ فَيُخْفِي قَبِيحاً وَيَقُولَ حَسَناً فَيَكُونَ تَعْدِيلاً».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا احتاج القاضي إلى البحث عن أحوال الشهود عول فيهم على أصحاب مسائله، ليعرف منهم الجرح والتعديل.

ثم وصف الشافعي ما يجب أن يكون عليه أصحاب مسائله، بسبعة أوصاف:

أحدها: أن يكونوا جامعين للعفاف في الطعمة والأنفس. والعفاف في الطعمة أن لا يأكلوا الحرام والشبه فيدعوهم إلى قبول الرشوة. والعفاف في الأنفس أن لا يقدموا على ارتكاب محظور أو مشتبه فيبعثهم على التحريف والكذب.

والوصف الثاني: أن يكونوا وافري العقول ليصلوا بوفور عقولهم إلى غوامض الأمور بلطف، ويتحرزوا بوفور عقولهم أن يتم عليهم خداع أو حيلة، فيجمعوا بوفور عقولهم بين الأمرين.

والوصف الثالث: أن يكونوا براء من الشحناء بينهم وبين الناس فلا يكونوا ممن يعادي الناس ويحسدهم، فإن من كان في طباعه العداوة والحسد، كان من الخير بعيداً، ومن الشر قريباً، فلم يوثق بخبره.

والوصف الرابع: أن لا يكون من أهل الأهواء والعصبية في نسب أو مذهب فيميل مع موافقه في تحسين قبيحه، ويميل على مخالفة في تقبيح حسنه.

والوصف الخامس: أن يكون بعيداً عن مماظة الناس والمماظة اللجاج؛ لأن اللجوج ينصر هواه، ويرتكب ما يهواه، ولا يرجع عن الخطأ وإن ظهر له الصواب فلم يؤمن بلجاجهِ أن يعدل مجروحاً، أو يجرح معدلاً.

والوصف السادس: أن يكونوا جامعين للأمانة ليورد بأمانته ما سمعه وعرفه ولا يتأول فيه ما يصرفه عن أقوى الأمرين إلى أضعفهما وعن أظهر الحالين إلى أخفاهما.

والوصف السابع: أن لا يسترسل فيسأل عدواً مبايناً منابذاً ولا صديقاً مواصلاً، لأن العدو يظهر القبيح ويخفي الحسن، والصديق يظهر الحسن ويخفي القبيح، وليعدل إلى سؤال من خرج عن الفريقين، فلم يتظاهر بعداوة، ولم يتخصص بصداقة، لأن رأيه أسلم، وقوله أصدق، وهذا الوصف راجع إلى قول صاحب المسائل ولا يرجع إلى صفته.

فإذا تكاملت هذه الأوصاف في أصحاب مسائله وإن كان كمالها متعذراً صاروا أهلاً أن يعول عليهم في البحث ويرجع إلى قولهم في التعديل والجرح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَحْرِصُ عَلَى أَنْ لاَ يُعْرَفَ لَهُ صَاحِبُ مَسْأَلَةٍ فَيَحْتَالَ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا من جملة احتياط الحكام في أن لا يعرف أصحاب مسائله أنهم أصحاب مسائل ولم يرد أن لا يعرفوا بين الناس بأنسابهم وأسمائهم وإنما احتاطوا بذلك حتى لا يحتال عليهم فيمن سألوا عن حاله.

والذي يؤمر بأن لا يعرفوا عنده أربعة أصناف:

أحدها: عند المشهود له حتى لا يحتال في تعديل شهوده.
والثاني: عند المشهود عليه حتى لا يحتال في جرح شهوده.
والثالث: عند الشهود حتى لا يحتالوا في تعديل أنفسهم.
والرابع: عند المسؤولين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الأعداء في الجرح والأصدقاء في التعديل.

ما يجب أن يعلمه أصحاب المسائل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَأَنْ يَكْتُبَ لأَصْحَابِ المَسَائِلِ صِفَاتِ الشُّهُودِ عَلَى مَا وَصَفْنَا وَأَسْمَاءَ مَنْ شُهِدَ لَهُ وَشُهِدَ عَلَيْهِ وَمَبْلَغَ مَا شَهِدُوا فِيهِ ثُمَّ لاَ يَسْأَلُونَ أَحَداً حَتَّى يُخْبِرُوهُ بِمَنْ شَهِدُوا لَهُ وَعَلَيْهِ وَبِقَدْرِ مَا شَهِدُوا فِيهِ فَإِنَّ المَسْؤولَ قَدْ يَعْرِفُ مَا لاَ يَعْرِفُ الحَاكِمُ مِنْ أَنْ يَكُونَ الشَّاهِدُ عَدُوًا لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ أَوْ شَرِيكاً فِيما شَهِدَ فِيهِ وَتَطِيبُ نَفْسُهُ عَلَى تَعْدِيلِهِ فِي اليَسِيرِ وَيَقِفُ فِي الكَثِيرِ».

قال الماوردي: وهذا الفصل مقصور على ما يؤمر به الحاكم، فيما يلقيه إلى أصحاب مسائله وهو مشتمل على أربعة أشياء:

أحدها: صفات الشهود، بأسمائهم، وأنسابهم، وصناعتهم ومساكنهم وأسواقهم، وحلية أبدانهم، وألوانهم، حتى لا يشتبه عليهم المسؤول عنه من غيره.
والثاني: من شهدوا له لئلا يكون والداً، أو ولداً أو شريكاً، ممن لا تقبل شهادتهم له.
والثالث: من شهدوا عليه، لئلا يكون عدواً فيرد شهادتهم عليه.
والرابع: ما شهدوا به من الحق، فإنهم قد يرون قبول قولهم في اليسير، ولا يرونه في الكثير.

وهذا أحوط ما يقدر عليه الحاكم. فيثبت هذه الأربعة لأصحاب مسائله في رقاع.

وقد يسمى أصحاب المسائل المزكين ثم الحاكم بالخيار معهم بين أمرين:

أحدهما: وهو الأحوط، أن يكتب بذلك أربع رقاع يدفع منها رقعتين إلى مزكيين آخرين ليسألا عن أحد الشاهدين ويدفع رقعتين أخريين إلى مزكيين آخرين ليسألا عن الشاهد الآخر فيسمع تزكية كل واحد من الشاهدين من مزكيين، ويصير المزكون أربعة.

والثاني: أن يقتصر على رقعتين فيهما ذكر الشاهدين، فيدفع إحداهما إلى أحد

المزكيين، ليسأل عن الشاهدين، ويدفع الأخرى إلى المزكي الآخر ليسأل عن الشاهدين، فتصير التزكية فيهما مسموعة من مزكيين.

عمل أصحاب المسائل.

فإذا توجه بها أصحاب المسائل المزكون، كان أول ما يسألون عنه أحوال الشهود.

فإن وجدوهم مجروحين لم يسألوا عن غيرهم.

وإن وجدوهم معدلين سألوا عمن شهدوا له.

فإن ذكروا أن بينهم وبينه ما يمنع من شهادتهم له، لم يسألوا عما عداه.

وإن ذكروا جواز شهادتهم له، سألوا عمن شهدوا عليه.

فإن ذكروا ما يمنع من شهادتهم عليه، لم يسألوا عما عداه.

وإن ذكروا جواز شهادتهم عليه، ذكروا حينئذ القدر الذي شهدوا فيه.

ثم على أصحاب المسائل أن يشهدوا عند الحاكم بما عرفوه من هذه الأحوال الأربع إن اجتمعت أو افترقت، فإن لكل واحدة منهن حكماً في غير هذه القضية، وإن لزم اعتبار جميعها في هذه القضية.

لا يقبل التعديل إلا من اثنين بلفظ الشهادة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلاَ يَقْبَلُ المَسْأَلَةَ عَنْهُ وَلاَ تَعْدِيلَهُ وَلاَ تَجْرِيحَهُ إِلاَّ مِنَ اثْنَيْنِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لا يحكم القاضي بتعديل من شهد عنده ولا بجرحه إلا بشهادة مزكيين من أصحاب مسائله.

فإن شهد بالتعديل أو الجرح واحد لم يحكم به في تعديل ولا جرح.

وبه قال مالك، ومحمد بن الحسن.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يحكم في الجرح والتعديل بقول الواحد وأجراه مجرى الخبر، وخالف فيه كخلافه في الترجمة.

استدلالاً بقبول خبره في الديانات، فكان في الجرح والتعديل أولى، وأجاز سماع قوله بلفظ الخبر دون الشهادة. وأجاز تعديل الولد والوالد كما أجاز خبرهما.

وكل هذا فاسد عندنا، فلا يسمع الجرح والتعديل إلا بلفظ الشهادة ولا يجوز أن يقبل تعديل والد ولا ولد ولا يقبل فيه إلا ما يقبل في سائر الشهادات استدلالاً بأنه

اثبات حكم على خصم بقول غيره فصار هو الحق المطلوب، وقد مضى الكلام على ما استدل به في الترجمة.

شهادة النساء في التعديل والجرح.

ولا تقبل شهادة النساء في التعديل والجرح وإن شهد شهود الأصل بما تقبل فيه شهادة النساء من الأموال أو الولادة أو عيوب النساء.

وقبلها أبو حنيفة بناء على أصله في أن الجرح والتعديل خبر وليس بشهادة.

ونحن نحمله على أصلنا في أنها شهادة وليست بخبر ثم هي شهادة بغير المال فلم تقبل شهادتهن فيه وإن قبلته في الأموال.

فصل: هل يحكم القاضي في التزكية بأصحاب المسائل أو بأهل الخبرة؟.

فإذا ثبت أنها شهادة محضة يحكم فيها بشهادة شاهدين فقد اختلف أصحابنا: هل يحكم القاضي في تعديلهم وجرحهم بأصحاب مسائله؟ أو بمن عدلهم وجرحهم من جيرانه وأهل الخبرة بهم؟ على وجهين:

أحدهما: أن أصحاب مسائله هم الشهود عند بالتعديل والجرح، وهم المتحملون عن الجيران وأهل الخبرة ما ذكروه من التعديل والجرح.

وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعي، وقول الأكثرين من أصحابه.

فعلى هذا يجوز أن يكون ما يسمعه أصحاب المسائل من الجيران وأهل الخبرة بلفظ الخبر دون الشهادة؛ لأن الشهادة مختصة بالحكام.

ولا يعتبر فيهم العدد.

ويعتبر أن يقع في نفوس أصحاب المسائل صدق المخبر فيما ذكره من تعديل وجرح فربما وقع في نفسه صدق الواحد فجاز أن يقتصر عليه وربما ارتاب بالاثنين فلزمه أن يستزيد.

ويجوز لأصحاب المسائل أن يسألوا الجار: من أين علمت تعديله وجرحه؟ ولا يجوز للحاكم أن يسأل أصحاب المسائل من أن علمتم الجرح والتعديل؟.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي.

أن الذي يشهد بالتعديل والجرح هم من عرفهما من الجيران وأهل الخبرة، ويكون أصحاب مسائله رسلهم فيها؛ لأن الشهادة بذلك مسموعة من أهل المعرفة الباطنة، وهم الجيران وأهل الخبرة دون أصحاب المسائل، ولأن شهادة أصحاب المسائل كالشهادة على الشهادة، وهي لا تسمع مع القدرة على شهود الأصل.

فعلى هذا إذا جعلنا أصحاب المسائل رسل من عدل وجرح، كان ما يذكره أصحاب مسائله خبراً يجوز أن يقتصر فيه على قول الواحد بلفظ الخبر دون الشهادة، ويسموا للحاكم من عدل وجرح، ثم تسمع الشهادة بالتعديل والجرح من الجيران وأهل الخبرة على شرط الشهادة.

فصل: هل يشهد على تعديل الثاني من شهدا على الأول.

وإذا شهد شاهدان من أصحاب مسائله أو من الجيران بحسب ما قدمناه من هذين الوجهين بتعديل أحد شاهدي الأصل، جاز أن يشهدا بتعديل الشاهد الآخر قولاً واحداً، وإن كان في الشهادة على الشهادة قولين.

والفرق بينهما أن في الشهادة على الشهادة هما فرع لأصل وفي التزكية هما شاهدان على الأصل.

من احتياطات الحكام في التعديل والجرح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيُخْفِي عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَسْمَاءَ مَنْ دَفَعَ إِلَى الآخَرِ لِتَتَّفِقَ مَسْأَلَتُهُمَا أَوْ تَخْتَلِفَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: وهو من استظهار الحاكم، أن يخفي عن كل واحد من أصحاب مسائله ما دفعه إلى غيره، حتى لا يجمعهم الهوى على اتفاق في جرح أو تعديل.

وإذا شهدوا عند القاضي بجرح أسروه، ولم يجهروا به.

وإن شهدوا بتعديل جاز أن يجهروا به، لورود الشرع بإخفاء المساوي، وإظهار المحاسن.

ويجوز أن تسمع شهادتهم بالجرح مع غيبة المجروح، ولا يلزم إعادتها مع حضوره وتسمع شهادتهم بالتعديل مع الحضور، ولأن المعدل محكوم بقوله، فاحتاج الحاكم إلى معرفته.

وتسمع شهادتهم بالتعديل مع غيبة المعدل وتعاد بالإشارة إليه مع حضوره، لئلا يقع الغلط في اتفاق الأسماء والأنساب، فيزول الاشتباه بالإشارة مع الحضور.

حكم شهادات التعديل إذا اختلفت.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنِ اتَّفَقتْ بِالتَّعْدِيلِ أَوْ التَّجْرِيحِ قَبِلَهُمَا وَإِنِ اخْتَلَفَتْ أَعَادَهَا مَعَ غَيْرِهِمَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح: ليس يخلو حال الشاهدين عند الحاكم من أصحاب مسائله من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على الشهادة بالتعديل فيحكم بالعدالة وينفذ الحكم بشهود الأصل.

والحال الثانية: أن يتفقا على الشهادة بالجرح، فيحكم به ويسقط شهود الأصل.

والحال الثالثة: أن يختلفا فيشهد أحدهما بالعدالة، ويشهد الآخر بالجرح، فلا يحكم بقول واحد منهما في عدالة ولا جرح، وينفذ غيرهما.

ويجوز أن يقتصر فيمن ينفذه بعدهما على واحد، لأن بالواحد تكبل بينة الجرح أو التعديل، ولو استظهر بإنفاذ اثنين كان أحوط.

فأما قول الشافعي: أعادهما مع غيرهما فيحتمل أمرين:

أحدهما: أن يعيدهما ثانية للبحث فربما ظهر لمن عدل جرح يوافق فيه صاحبه أو ظهر لمن جرح تعديل يوافق فيه صاحبه ويسمع الحاكم من كل واحد منهما رجوعه إلى ما بان له من خلاف شهادته الأولى.

والاحتمال الثاني: أن يكون معنى قوله: أعادهما يعني عن الشهادة إلى حيث شاء، لينظر ما يشهد به الثالث، فإن أتاه الثالث فشهد عنده بالتعديل كملت بينة التعديل، فحكم بها ولم يؤثر شهادة الخارج، وإن شهد عنده بالجرح كملت بينة الجرح، فحكم بها ولم يؤثر شهادة الخارج، وإن شهد عنده بالجرح كملت بينة الجرح فحكم بها ولم يؤثر شهادة المعدل.

بينة الجرح أولى من بينة التعديل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ عُدِّلَ رَجُلٌ بِشَاهِدَيْنِ وَجُرِحَ بِآخَرِينَ كَانَ الجَرْحَ أَوْلَى لأَنَّ التَّعْدِيلَ عَلَى الظَّاهِرِ وَالجَرْحُ عَلَى البَاطِنِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا شهد بعدالة رجل شاهدان وشهد بجرحه شاهدان كانت شهادة الجرح أولى من شهادة التعديل، لأمرين:

أحدهما: هو ما علل به الشافعي أن الشهادة بالتعديل على الظاهر وبالجرح على الباطن، والحكم بالباطن أقوى من الحكم بالظاهر، وصار كمن شهد له شاهدان بالإسلام، وشهد عليه شاهدان بالردة، كانت الشهادة بالردة أولى من الشهادة بالإسلام، لأن الإسلام ظاهر، والردة باطنة، وكمن شهد عليه شاهدان بألف وشهد له شاهدان بالقضاء، كانت شهادة القضاء أولى، لأنها تشهد بباطن.

والعلة الثانية: أن في الجرح اثباتاً، وفي التعديل نفياً، والإثبات أولى من النفي،

كمن شهد له شاهدان بنكاح امرأة، وشهد عليه اثنان بطلاقها، كانت شهادة الطلاق أولى، لما تضمنها من اثبات ما نفي بغيرها.

فلو شهد بالجرح اثنان وشهد بالتعديل ثلاثة أو أكثر كانت بينة الجرح أولى، وإن كانت بينة التعديل أكثر، لما قدمناه من العلتين.

ولكن لو شهد اثنان بجرحه. في سنة أو بلد، ثم شهد اثنان بتعديله في سنة بعدها، أو في بلد آخر، انتقل إليه، حكم بتعديله دون جرحه، لأنه قد يتوب وينتقل من الفسق إلى العدالة، ويهفو كثير من الناس ثم يستقيمون.

لا يقبل الجرح إلا بيقين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يُقْبَلُ الجَرْحُ إلاَّ بِالْمُعَايَنَةِ أَوْ بِالسَّمَاعِ».

قال الماوردي: اعلم أن الفسق قد يكون من ثلاثة أوجه:

أحدها: بالأفعال، كالزنا واللواط والغصب والسرقة.

والثاني: بالأقوال، كالقذف والكذب والسعاية والنميمة.

والثالث: بالاعتقاد، كاستحلال المحظورات والتدين بالبدع المستنكرات.

فالأفعال: تعلم بالمعاينة، والأقوال: تعلم بالسماع، وكذلك الاعتقاد.

فلا تقبل من الجارح إذا شهد بأفعال الجرح إلا إذا شاهدها.

ولا تقبل منه إذا شهد بأقوال الجرح إلا إذا سمعها.

ولا تقبل منه إذا قال بلغني وقيل لي.

ولا تقبل فيه شهادة الأعمى بالجرح بالأفعال ولا في الأقوال، أما الأفعال فإنه لم يرها، وأما الأقوال فلأنه، وإن سمعها فليس يتحققها من المجروح لاشتباه صوته بصوت غيره.

فأما الشهادة بها عن الإخبار فإن كانت أخبار آحاد لم يكن للمخبر أن يشهد بها، وإن كانت من أخبار الاستفاضة أو التواتر التي لا يعترضها ارتياب جاز أن يشهد بها، كما يشهد بالأنساب، وبالأملاك، والموت، وتقبل فيه شهادة الأعمى؛ لأنه مساوٍ للبصير في العلم بها.

فإذا علم الشاهد الجرح إما بالمعاينة للأفعال أو بالسماع للأقوال أو بالخبر المستفيض بالأفعال والأقوال جاز أن يشهد بها. ولا يجوز أن يشهد بها من غير هذه الوجوه الثلاثة؛ لأنه لا يكون على يقين من العلم بها والله تعالى يقول: **﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾**.

فإن كان الشاهد بهذا الجرح عند الحاكم هم الجيران وأهل الخبرة كانت هذه الشروط معتبرة في شهادتهم.

وإن كان الشاهد بها أصحاب مسائله تحملوها عن علمها من هذه الوجوه الثلاثة، وجاز لهم أن يشهدوا بها عنهم، لأن أصحاب مسائله قد ندبوا للبحث عنها، ولو تحملوها من هذه الوجوه لقدموا الشهادة بها ولما احتاجوا إلى المسألة عنها.

ولا يصير أصحاب المسائل إذا شهدوا بها قذفة، وإن لم تكمل شهادتهم.

ويصير الجيران بها قذفة. إن لم تكمل شهادتهم، لأن أصحاب المسائل ندبوا للإخبار بما سمعوه، ولم يندب الجيران إليه وسواء ذكر أصحاب المسائل هذا الجرح بلفظ الشهادة أو بلفظ الخبر، لكن الحاكم يحكم به إن كان بلفظ الشهادة، ولا يحكم به إن كان يلفظ الخبر.

ذكر سبب الجرح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يَقْبَلُهُ مِنْ فَقِيهٍ دَيِّنٍ عَاقِلٍ إِلاَّ بِأَنْ يَقِفَهُ عَلَى مَا يَجْرَحُهُ بِهِ فَإِنَّ النَّاسَ يَتَبَايَنُونَ فِي الأَهْوَاءِ فَيَشْهَدُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ بِالكُفْرِ وَالفِسْقِ بِالتَّأْوِيلِ وَهُوَ بِالْجُرْحِ عِنْدَهُمْ أَوْلَى وَأَكْثَرُ مَنْ يُنْسَبُ إِلَى أَنْ تَجُوزَ شَهَادَتُهُ بَغْياً حَتَّى يُعَدَّ الْيَسِيرُ الَّذِي لا يَكُونُ جَرْحاً جَرْحاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال، لا يجوز للحاكم أن يقبل شهادة الشهود بالجرح والتعديل حتى يذكروا له أسباب الجرح والتعديل.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يحكم بشهادتهم، إذا شهدوا عنده أنه عدل، أو فاسق، ولا يسألهم عن سبب ما صار به عندهم عدلاً، أو فاسقاً.

استدلالاً بأن النبي ﷺ قال: «من ستر على مسلم ستر الله عليه يوم القيامة».

ولأنهم إذا شهدوا عليه بالزنا صاروا قذفة يحدون، فكانت الشهادة بفسقه أسلم وأستر، ولأنه لما لم يجز للحاكم أن يسألهم عن سبب علمهم به، لم يجز أن يسألهم عن سبب فسقه.

ودليلنا قول النبي ﷺ: «اذكروا الفاسق بما فيه يحذره الناس»[١].

ولأن الجرح والتعديل إلى الحكام دون الشهود، فاعتبر فيه اجتهاد الحاكم، ولم يعمل فيه على رأي الشهود؛ ولأن الناس مختلفون في الجرح والتعديل، فشارب النبيذ

---

(١) انظر كشف الخفا ١/ ١١٤، ٢/ ٤٩٢.

مختلف في حده وفسقه فأبو حنيفة لا يفسقه ولا يحده، ومالك يفسقه ويحده، والشافعي يحده ولا يفسقه فلم يجز أن يعتبر فيه إلا قول من ينفذ حكمه وهم الحكام دون الشهود.

وقد حكى الربيع عن الشافعي في كتاب الأم أن رجلاً جرح شاهداً عند حاكم، فقيل له لم جرحته؟ قال: لأني رأيته يبول قائماً! قيل: ولم يصير فاسقاً إذا بال قائماً؟ قال: ولأنه يرشش على ساقيه قيل: أفرأيته يرشش على ساقيه حين بال؟ قال: لا.

فإذا جاز أن يجرح الشاهد بمثل هذا وليس بجرح لم يجز للحاكم أن يسمع منه الشهادة بالجرح، حتى يصف له ما يصير به مجروحاً.

ولأن كثيراً من المتعصبين في المذاهب يفسقون من خالفهم، وإن لم يصر بالمخالفة فاسقاً، فلذلك وجب على الحاكم أن يستفسرهم عما صار به فاسقاً.

فأما الجواب عن استدلاله بالخبر، فقد عارضه ما ذكرنا فيسقطان فيحمل الستر فيما لم تدع إليه الحاجة، والذكر فيما دعت إليه الحاجة.

وأما الجواب عن قوله: إنهم يصيرون قذفة فقد قدمناه فإن أصحاب المسائل لا يصيرون به قذفة وإن صار الجيران به قذفة لكن ليس لأصحاب المسائل أن يشهدوا عليهم بالقذف، لأنهم قالوه بعد استخبارهم عنه.

وأما الجواب عن الاستدلال بأنهم لما لم يسألوا عن سبب العلم لم يسألوا عن سبب الفسق فهو أن سبب العلم به غير مختلف فيه، فلم يسألوا عنه وسبب فسقهم مختلف فيه فوجب أن يسألوا عنه.

فصل: بيان سبب الجرح والتعديل ممن تقدمت معرفته.

فإذا ثبت أن الحاكم لا يسمع الشهادة بالجرح والتعديل حتى يسأل الشهود عن سبب الجرح والتعديل، فيستوي سؤاله عن الشهادة بالتعديل وعن الشهادة بالجرح؛ لأنه قد يجوز أن يعدل من ليس بعدل كما يجوز أن يجرح من ليس بمجروح، فوجب على الحاكم أن يسأله عنهما جميعاً.

ولا تسمع الشهادة بالتعديل إلا ممن تقدمت معرفته وطالت خبرته ولا يسمعها ممن قربت مدة معرفته لجواز التصنع في قريب المدة.

ويسمع الشهادة بالجرح ممن تقدمت معرفته وممن حدثت معرفته؛ لأن الجرح بحدوث فعل قد يكون في قريب المدة كما يكون في بعيدها.

فإذا شهد الشهود بأسباب الجرح، اجتهد الحاكم رأيه فيها فإذا صار بها مجروحاً

عنده، حكم بفسقه ورد شهادته، وإن لم يكن بها مجروحاً عنده، لم يحكم بفسقه، ولا بعدالته، وتوقف عن الحكم بشهادته.

وإن شهدوا بأسباب العدالة اجتهد رأيه فيها فإن صار بها عدلاً عنده حكم بعدالته وأمضى الحكم بشهادته وإن لم يصر بها عدلاً عنده لم يحكم بعدالته ولا بفسقه وتوقف عن الحكم بشهادته.

هل السؤال عن سبب التعديل شرط؟.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يَقْبَلُ التَّعْدِيلُ إِلاَّ بِأَنْ يَقُولَ عَدْلٌ عَلَيَّ وَلِي».

قال الماوردي: واختلف أصحابنا فيما ذكره الشافعي من هذا القول.

فقال بعضهم: هذا يدل على أن الحاكم لا يسأل عن أسباب التعديل، ويسألهم عن أسباب الجرح؛ لأن الشهادة بالتعديل أن يجدوه سليماً من الهفوات، وهذا لا يحتاج فيه إلى شرح السبب، والجرح بحدوث أفعاله الموجبة لفسقه، فوجب شرحها.

فعلى قول هذه الطائفة يكون السؤال عن سبب العدالة استظهاراً وليس بشرط واجب. وهو الذي عليه القضاء في زماننا.

وعلى هذا قول الشافعي: ولا يقبل التعديل إلا بأن يقول: «عدل علي ولي».

فاختلف أصحابنا في قوله؛ عدل علي ولي هل يكون مستعملاً على الوجوب شرطاً فيها؟ أو على الاستحباب تأكيداً لها؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعد الإصطخري أنه محمول على الاستحباب تأكيداً، لأن الشهادة بالتعديل تقتضي الحكم بها له وعليه.

وهذا مذهب أبي حنيفة، وأهل العراق.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وطائفة، أنه محمول على الوجوب شرطاً معتبراً في صحة التعديل، فإن لم يذكره الشاهد لم يثبت التعديل على ظاهر ما قاله الشافعي.

واختلف من قال بهذا في العلة.

فقال أبو إسحاق: العلة فيه أنه قد يكون عدلاً في شيء دون شيء، وفي القليل دون الكثير، فإذا قال ذلك عم ولم يخص.

وقال غيره: بل العلة فيه أنه قد يكون الشاهد بالتعديل ممن لا تقبل شهادته له، لأنه من والديه أو مولوديه أو لا تقبل شهادته عليه، لأنه من أعدائه ومباينيه فإذا قال: عدل عليَّ ولي زال هذا الاحتمال.

فعلى هذا التعليل لا يلزم ذلك إذا علم أنه لا نسب بينهما ولا عداوة.

وعلى تعليل أبي إسحاق يلزم ذلك، وإن علم أنه لا نسب بينهما ولا عداوة.

فأما الشهادة بأنه عدل رضا فهو وإن جرت العادة بالجمع بينهما في التعديل، فعند جمهور أصحابنا أن قوله رضا محمول على التأكيد دون الوجوب، لأن العدل رضا.

وذهب بعض البصريين من أصحابنا إلى أن شهادته بأنه رضا شرط في صحة التعديل، لأن التعديل سلامة، والرضا كمال.

واستزاد بعض القضاة منهم في التعديل أن يذكر الشهود: «أنه مأمون في الرضا والغضب».

وهذا تأكيد، وليس بشرط في التعديل؛ لأنه من أحكام العدالة أن يكون مأموناً في الرضا والغضب، فلم يلزم في الشهادة أن نذكر أحكامها، كما لا يلزم أن يذكر فيها صدقة، وأمانته، وتقواه، وتحرجه.

فهذا شرح المذهب على قول من ذهب إلى أن سؤال الشاهد عن أسباب العدالة استظهار وليس بواجب.

وذهب آخرون إلى أن سؤاله عن أسبابها واجب، لما قدمناه من التعليل، من جواز الاحتمال في التعديل، كجواز الاحتمال في التفسيق.

فعلى هذا يكون الشاهد مؤدياً لأسباب التعديل، والقاضي هو الحاكم بالعدالة وتكون استزادته من الشهود، أن يشهدوا أنه عدل عليَّ ولي استخباراً عن حكم العدالة، وليس بشرط في قبول الشهادة على سببها.

وهل يكون هذا الاستخبار لازماً في حق الحاكم وإن لم يكن لازماً في حق الشاهد على وجهين:

أحدهما: يكون لازماً في حقه [ليكون حكمه][1]، بالتعديل على أحوط الأمور.

والوجه الثاني: أنه ليس بلازم في حقه، كما ليس بلازم في حق الشاهد؛ لأن الشهادة بأسباب التعديل تغني عما سواه، والله أعلم.

لا يقبل التعديل إلا من ذي المعرفة الباطنة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «ثُمَّ لَا يُقْبَلُ حَتَّى يَسْأَلَهُ عَنْ مَعْرِفَتِهِ بِهِ فَإِنْ كَانَتْ بَاطِنَةً مُتَقَادِمَةً وَإِلَّا لَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ مِنْهُ».

---

(١) سقط في أ.

قال الماوردي: اعلم أن الشهادة بالتعديل تخالف الشهادة بالجرح، من وجهين متفق عليهما، وثالث مختلف فيه.

فأما الفرق بينهما من الوجهين المتفق عليهما فأحدهما: أن الشهادة بالتعديل لا تقبل إلا ممن كان قديم المعرفة، وتقبل في الجرح ممن كان حديث المعرفة، لأنه قد يتصنع العدالة في قريب الزمان، فلم تقبل إلا من قديم المعرفة، ويحدث الجرح في قريب الزمان، فقبل من حديث المعرفة.

والفرق الثاني: أنه لا يقبل التعديل إلا من أهل المعرفة الباطنة، ولا يقبل من أهل المعرفة الظاهرة، لأنه قد يكون عدلاً في الظاهر، مجروحاً في الباطن، والمعتبر عدالة الظاهر والباطن، ويقبل الجرح من أهل المعرفة الظاهرة، والباطنة، لأنه قد يعلم به من عرف ظاهره، كما يعلم به من عرف باطنه.

وأما الفرق الثالث المختلف فيه، أنه لا يحكم بالجرح إلا بعد ذكر سببه، فهل يكون ذكر السبب في التعديل شرطاً في الشهادة به؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

فإن قيل: إنه شرط جاز أن يكون الشاهد بالتعديل من غير أهل الاجتهاد.

وإن قيل: ليس بشرط وجب أن يكون الشاهد بالتعديل من أهل الاجتهاد.

تعديل العلانية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيُسْأَلُ عَمَّنْ جَهِلَ عَدْلَهُ سِراً فَإِذَا عُدِّلَ سَأَلَ عَنْ تَعْدِيلِهِ عَلاَنِيَةً لِيُعْلَمَ أَنَّ المُعَدَّلَ سراً هُوَ هَذَا لاَ يُوَافِقُ اسْمٌ اسماً وَلاَ نَسَبٌ».

قال الماوردي: إما إذا ابتدأ أصحاب المسائل بالشهادة فيمن بحثوا عنه، وليس عند الحاكم علم بما يشهدون به، من جرح ولا تعديل، فينبغي للحاكم أن لا يبعثهم على الجهر بالشهادة، حذرا أن يشهدوا بالجرح المأمور بستره.

وإن علم أنهم يشهدون بالعدالة، جاز أن يدعوهم إلى الشهادة سراً وجهراً.

فإن شهدوا بالجرح، حكم به، ولم يعلنه.

وإن شهدوا بالتعديل، أعلنه لأمرين:

أحدهما: ليرغب الناس في حسن الذكر، وجميل الثناء.

والثاني: أنه ربما كان عند بعض الناس من جرحه ما يخفي على غيره.

ثم ينظر في المعدل؛ فإن كان مشهوراً في الناس، بما يتميز به عن غيره، في الاسم، والنسب، اقتصر الحاكم على الشهادة بتعديله، ولم يحتج إلى إشارة الشهود إليه.

وإن كان غير مشهور في الناس، وجاز أن يشتبه الاسم والنسب أخذ الحاكم الشهود بتعيينه، عند حضوره، بالإشارة إليه، إن هذا هو الذي شهدنا عندك بتعديله، ليزول الاشتباه، في اسمه، ونسبه، فقد يجوز أن يوافق اسم اسماً، ونسب نسباً.

وهذا التعيين محمول على الوجوب، لما ذكرنا.

وحمله ابن أبي هريرة على الاستحباب، تأكيداً، اعتباراً بالظاهر.

وحمله على الاستحباب في المشهور، وعلى الوجوب في المجهول أصح.

فصل: هل الحكم بالعدالة يستقر على التأبيد.

فإذا ثبت ما وصفنا وحكم بالشهادة في التعديل على ما شرحنا، وجب على الحاكم تنفيذ الحكم بشهادته، ثم فيه وجهان:

أحدهما: أن الحكم بعدالته قد استقر على التأبيد ما لم يطرأ جرح يظهر من بعد، فيحكم بشهادته متى شهد عنده، استصحاباً بالظاهر من حاله.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يعيد البحث عن عدالته في كل مدة يجوز أن يتغير حاله فيها، ولا يلزمه البحث في كل شهادة، لأنه شاق، وخارج عن العرف.

والمدة التي يعتد بمضيها البحث عن عدالته موقوفة على اجتهاده.

وقدرها بعض الفقهاء بستة أشهر.

فإذا أعاد البحث عنه مراراً، استقرت في النفوس عدالته، وتحققت أمانته، فإن تجددت منه استرابة أعاد البحث والكشف وإن لم تحدث استرابة لم يعدها.

فصل: تمييز الشهود وتعيينهم.

فأما تمييز الشهود وتعيينهم من جميع الناس حتى يعتمد الحاكم عليهم ولا يسمع شهادة غيرهم كالذي عليه الناس في زماننا فهو مستحدث، أول من فعله اسماعيل بن إسحاق القاضي، وكان مالكياً ميز شهوده واقتصر على الحكم بشهادتهم ولم يقبل شهادة غيرهم، وتلاه من تعقبه من القضاة إلى وقتنا ليكون الشهود أعياناً معدودين حتى لا يستشهد الخصوم بمجهول العدالة فيغرروا ولا يطمع في الشهادة غير مستحق لها فيسترسلوا.

وهذا مكروه من أفعال القضاة؛ لأنه مستحدث، خولف فيه الصدر الأول.

وليس يكره أن يكون له شهود يقبلهم، وإنما المكروه أن لا يقبل غيرهم، اقتصاراً عليهم؛ لأن في الناس من العدول أمثالهم، فلم يجز أن يقتصر على بعض

العدول دون بعض، فيخص، وقد عم الله تعالى، ولم يخص.

ولأنه قد يتجدد للناس حقوق يشهدها من اتفق، فإذا لم يسمع إلا شهادة معين بطلت.

ولأن في التعيين مشقة تدخل على الشاهد والمستشهد، لمسألة الطالب وإجابة المطلوب. ولأن من قلّتْ أمانته من الناس إذا علموا أن لا تقبل فيهم شهادة من حضرهم تجاحدوا، وإذا لم يعلموا تناصفوا.

[وقد يتهافت الناس في المعاصي عند الإياس من قبول شهادتهم ويمتنعون منها عند ظنهم قبول شهادتهم][1].

القول في كاتب القاضي.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يَتَّخِذَ كَاتِباً حَتَّى يَجْمَعَ أَنْ يَكُونَ عَدْلاً عَاقِلاً وَيَحْرِصُ أَنْ يَكُونَ فَقِيهاً لاَ يُؤْتَى مِنْ جَهَالَةٍ نَزِهاً بَعِيداً مِنَ الطَّمَعِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: لا يستغني قضاة الأمصار والولاة على الأعمال عن كاتب ينوب عنهم في ضبط الأمور ليتشاغل الولاة بالنظر، ويتشاغل الكاتب بالإثبات، وإنشاء الكتب.

قد كان لرسول الله ﷺ كتاب، منهم علي بن أبي طالب وهو الذي كتب القضية بين رسول الله ﷺ وبين قريش عام الحديبية، ومنهم زيد بن ثابت.

وروى ابن عباس: أنه كان للنبي ﷺ كاتب، يقال له السجلّ[2].

وروي أن النبي ﷺ قال لزيد بن ثابت: تعرف السريانية؟ قال: لا قال: «فإنهم يكتبون إلي ولا أحب أن يقرأ كتبي كل أحد فتعلم السريانية»[3] قال زيد فتعلمتها في في نصف شهر.

ولفضل الكتابة في الصحابة أن النبي ﷺ لما فادى أسرى بدر شرط على من لم يكن معه فداء أن يعلم عشرة من أهل المدينة الكتابة، فكان زيد بن ثابت من جملة من تعلم منهم.

وقد كان للخلفاء الأربعة رضي الله عنهم كتاب مشهورون وكذلك لمن بعدهم.

---

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٩٣٥) والبيهقي ١٠/١٢٦.

(٣) أخرجه البيهقي ١٠/١٢٧.

ولأن تشاغل الولاة بالكتابة يقطعهم عن النظر المختص بهم، وإذا كان كذلك فالقضاة ولاة لا يستغنون عن كتاب.

صفات كاتب القاضي.

وصفة كاتب القاضي ما ذكره الشافعي من أوصافه وهي أربعة:

أحدها: العدالة: لأنه مؤتمن على إثبات الإقرار والبينات وتنفيذ الأحكام فافتقر إلى صفة من تثبت به الحقوق كالشهود.

والثاني: أن يكون عاقلاً، وليس يريد ما يتعلق به التكليف، وإنما يريد أن يكون جزل الرأي، سديد التحصيل، حسن الفطنة حتى لا يخدع. أو يدلس عليه.

والثالث: أن يكون فقيهاً، ليعلم صحة ما يكتب من فساده، فإن لم يكن فقيهاً بالأحكام الشرعية لزم أن يكون فقيهاً بأحكام كتابته، وما يختص بالشروط، من المحاضر والسجلات، واستعمال الألفاظ الموضوعة لها، والتحرز من الألفاظ المحتملة، ويختار أن يكون واضح الخط، فصيح اللسان.

والرابع: أن يكون نزيهاً بعيداً من الطمع ليؤمن أن يرتشي فيحابى.

فإذا ظفر القاضي بمن تكاملت فيه هذه الأوصاف الأربعة وأرجو أن يظفر به جاز أن يستكتبه.

ولا يجوز أن يستكتب عبداً، وإن أكملها؛ لأن الحرية شرط في كمال العدالة.

ولا يجوز أن يستكتب ذمياً وإن كان كافياً؛ لأنهم خرجوا بفسقهم في الدين عن قبول قولهم فيه.

وقد قال الله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِم بِالْمَوَدَّةِ﴾ [الممتحنة: ١].

وقال: ﴿لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [المائدة: ٥١].

وروى الزهري عن أبي سلمة عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال: «ما بعث الله من نبي، ولا استخلف من خليفة، إلا كان له بطانتان: بطانة تدعوه إلى الخير وتحضه عليه، وبطانة تدعوه إلى الشر وتحضه عليه، والمعصوم من عصمه الله»[1].

---

(١) أخرجه البيهقي ١٠/ ١١١ والطبراني في الصغير ١/ ٧٠ وهو عند البخاري ٩/ ٩٥ والنسائي ٧/ ١٥٨ وأحمد ٣/ ٣٩ والطحاوي في المشكل ٣/ ٢١.

وهذا صحيح، وقد جاء كتاب الله تعالى بمثل معناه وهو قوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا﴾ [آل عمران: ١١٨].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تستضيئوا بنار المشركين». أي لا ترجعوا إلى آرائهم، ولا تعولوا على مشاورتهم.

وروي أن أبا موسى الأشعري قدم على عمر بن الخطاب ومعه كاتب نصراني، فأعجب عمر بخطه وحسابه، فقال لأبي موسى احضر كاتبك، ليقرأه فقال أبو موسى: إنه نصراني لا يدخل المسجد فزبرهُ عمر وقال «لَا تَأْمنوهم وقد خوَّنهم الله، ولا تدنوهم وقد أبعدهم الله، ولا تعزوهم وقد أذلهم الله».

وقال الشافعي في الأم: ما ينبغي لقاض ولا وال أن يتخذ كاتباً ذمياً، ولا يضع الذمي في موضع يفضل به مسلماً، ويعز المسلمين أن تكون لهم حاجة إلى غير أهل دينهم، والقاضي أهل الناس في هذا عذراً.

فصل: مجلس الكاتب وعمله.

فإذا استكتب القاضي من وصفنا، وأحضره مجلس حكمه، وأجلسه في الاختيار عن يساره، ليثبت ما يحكم به من إقرار، أو سماع بينة، أو تنفيذ حكم يذكر فيه المحكوم له، والمحكوم عليه، بأسمائها، وأنسابهما، وبقدر ما حكم به، وسبب حكمه، من إقرار، أو بينة، وإن حلاَّهما عند الجهالة بهما كان أولى.

والقاضي فيما يكتبه الكاتب من ذلك بين أمرين: إما أن يلقيه عليه، حتى يكتبه من لفظه، أو يكتبه الكاتب بألفاظه والقاضي ينظر إليه، أو يقرأه بعد كتابته، ويعلم فيه القاضي بخطه، ويشهد به على نفسه، ليكون حجة للمتحاكمين.

ويكتب الكاتب ذلك على نسختين، تكون إحداهما في ديوان القاضي، والأخرى بيد المحكوم له.

فإن قصر القاضي فيما وصفناه كان مفرطاً في حقوق ولايته، ومفرطاً في حقوق الخصوم، وإن استوفاها سلم من التفريط فيهما.

[صفات القاسم].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالقَاسِمُ فِي صِفَةِ الكَاتِبِ عَالِمٌ بِالحِسَابِ لَا يَخْدَعُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح؛ لأن القاسم أمين الحاكم، فوجب أن يكون على صفات الكاتب، من العدالة، والأمانة، واستكمال الأوصاف الأربعة، ويزيد عليها: أن يكون عارفاً بالحساب، والمساحة، والقسمة، وأن يكون عارفاً بالقيم.

فإن خفيت عليه القيم لاختلاف الأجناس المقومة، لم يكن ذلك تقصيراً في صفته ورجع الحاكم في التقويم إلى غيره، لأن لكل جنس ونوع أهل خبرة وهم أعلم بقيمته من غيرهم، وليس يكمل معرفة قيم الأجناس كلها أحد.

وللقاسم اجتهاد، كالحاكم، وليس للكاتب اجتهاد؛ لأنه مثبت لحكم الحاكم، فكان ما يعتبر من أوصاف القاسم أغلظ من اعتبارها في الكاتب.

ضم الشهادات وحفظها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَتَوَلَّى القَاضِي ضَمَّ الشَّهَادَاتِ وَرَفْعَهَا لاَ يَغِيبُ ذَلِكَ عَنْهُ وَيَرْفَعُهَا فِي قِمَطْرٍ وَيَضُمُّ الشَّهَادَاتِ وَحُجَجَ الرَّجُلَيْنِ فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ مُتَرْجَمَةً بِأَسْمَائِهِمَا وَالشَّهْرِ الَّذِي كانَتْ فِيهِ لِيَكُونَ أَعْرَفَ لَهُ إِذَا طَلَبَهَا فَإِذَا مَضَتْ سَنَةٌ عَزَلَهَا وَكَتَبَ خُصُومَ سَنَةِ كَذَا حَتَّى تَكُونَ كُلُّ سَنَةٍ مَفْرُوزَةً وَكُلُّ شَهْرٍ مَفْرُوزاً وَلاَ يَفْتَحُ المَوَاضِعَ الَّتِي فِيهَا تِلْكَ الشَّهَادَاتِ إِلاَّ بَعْدَ نَظَرِهِ إِلَى خَاتَمِهِ أَوْ عَلاَمَتِهِ وَأَنْ يَتْرُكَ فِي يَدِي المَشْهُودِ لَهُ نُسْخَةً بِتِلْكَ الشَّهَادَاتِ وَلاَ يَخْتِمَهَا».

قال الماوردي: أما القضاء فهو الفصل لانقضاء التنازع به قال الله تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٣].

والذي يجب على القاضي في نظره ثلاثة أمور:

أحدها: فصل التنازع بين الخصوم.

والثاني: التوثقة فيما ثبت عنده من الحقوق.

والثالث: حفظ ما حصل عنده من الحجج والوثائق.

القول في فصل التنازع.

فأما الأول: وهو فصل التنازع بين الخصوم فله حالتان:

أحدهما: أن يكون الحكم فيه واضحاً فيعجل فصله في الوقت المألوف، من زمان نظره، ولا يلزمه في الليل، وأوقات الاستراحة أن يفصله، ولا يجوز له مع المكنة المألوفة أن يؤخره، فإن أخره أثم، إلا أن يحلله الخصوم.

فإن اتفق الخصمان على تأخيره لم يكن له أن يحملهما على تعجيله.

وإن دعا أحدهما إلى تعجيل فصله، ودعا الآخر إلى تأخيره لم يكن له أن يحملها على تعجيله وعمل على قول الطالب دون المطلوب؛ لأن فصل التنازع حق للمطلوب دون الطالب.

والحال الثانية: أن يكون الحكم فيه مشتبهاً فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الاشتباه لاختلاط الدعوى واشتباه التنازع، فينبغي للقاضي أن يأخذهما بكشف المشتبه وتمييز المختلط ولا يعجل في فصل التنازع بينهما مع اشتباه حالهما والأمر في كشف ذلك موقوف عليهما، فإذا كشفاه فصل الحكم بينهما.

والضرب الثاني: أن يكون الاشتباه لإشكال الحكم على القاضي؛ لاحتماله عنده. فينبغي للقاضي أن يقف الحكم على اجتهادة فيه، ومشاورة الفقهاء في وجه صوابه، ولا يعجل بفصله مع الاشتباه، فإذا بان له باجتهاده وجه الحق فيه عجل حينئذ فصله ولم يؤخره.

فإن ردهما القاضي مع الاشتباه إلى وساطة متوسط بينهما لم يلزمهما الرجوع إليه.

وإن سألاه ردّهما إلى الوسيط لزمه الكف عن النظر بينهما، ولم يلزمه ردَّهما إلى وسيط معين؛ لأن ردّهما إليه تقليد له على النظر بينهما، ولا يلزمه أن يقلد لهما ناظراً.

فإن أجابهما إليه كان تبرعاً منه وحملهما الوسيط على التراضي دون الالزام إلا أن يرد إليه الإلزام فيصير حاكماً وملزماً.

ويجوز للوسيط أن يشهد عنده بما حفظه من إقرارهما فإن شرطا عليه أن لا يحفظ عليهما إقراراً ففي شهادته عليهما وجهان من اختلاف الوجهين في الاسترعاء هل يكون شرطاً في صحة الشهادة.

فصل: حكم القاضي على والديه ومولوديه أو لهما

ويجوز للقاضي أن يحكم على والديه ومولوديه.

وفي جواز حكمه لوالديه ومولوديه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز حكمه لهم كما لا تجوز شهادته لهم.

والوجه الثاني: يجوز أن يحكم لهم وإن لم يجز أن يشهد لهم؛ لأن طريق الحكم ظاهر وطريق الشهادة باطن فتوجهت إليه التهمة في الشهادة ولم تتوجه إليه في الحكم.

والوجه الثالث: أنه يجوز أن يحكم لهم بالإقرار ولا يجوز أن يحكم لهم بالبينة؛ لأنه قد يتهم بأن يعدل فيها من ليس بعدل ولا يتهم في الإقرار.

ويجوز أن يحكم لعدوه وعلى عدوه وجهاً واحداً.

وإن لم يجز أن يشهد عليه بخلاف الوالدين والمولودين لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن أسباب العداوة طارئة تزول بعد وجودها وتحدث بعد عدمها وأسباب الأنساب لازمة لا تحول ولا تزول فغلظت هذه وخففت ذلك.

والثاني: أن الأنساب محصورة متعينة والعداوة منتشرة مشتبهة يفضي ترك الحكم معها إلى امتناع كل مطلوب بما يدعيه من العداوة.

فصل: القول في التوثقة للمتنازعين.

وأما الفصل الثاني وهو التوثقة للمتنازعين فيما يثبت عنده من الحقوق: فلا يخلو ثبوت الحق عنده من أحد ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يثبت الحق عنده [بإقرار المدعى عليه.

فإذا سأله المدعي أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده][1] من إقرار خصمه لزمته إجابته إليه، واشهد القاضي على نفسه بثبوت حقه عنده بإقرار خصمه، لأنه لا حجة لصاحب الحق إلا الاقرار الذي قد يجوز أن يرجع عنه المقر فلزم القاضي إثبات حقه بالإشهاد على نفسه ليكون له حجة عند إنكار خصمه.

والضرب الثاني: أن يثبت الحق عنده بيمين المدعي بعد نكول خصمه[فيلزم القاضي أن يشهد على نفسه بثبوت حق المَدعي بيمينه بعد نكول خصمه][2] لأنه لا حجة للمدعي غير إشهاد القاضي على نفسه.

فإن سأله صاحب الحق أن يكتب له بالإشهاد على نفسه محضراً نظر، فإن كان في دين يستوفي عاجلاً لم يلزمه كتب المحضر به لأنه يمكنه أن يستوفيه في الحال وإن كان في دين مؤجل أو في ملك متأبد ففي وجوب كتب المحضر وجهان:

أحدهما: لا يجب لأن الاشهاد بينة تغني عنه.

والوجه الثاني: يجب على القاضي كتب المحضر والاشهاد ليكون حجة مع صاحب الحق وذلك غير موجود في مطلق الشهادة فيكون كتب المحضر على ما سنذكره.

والضرب الثالث: أن يثبت الحق عنده بينة يقيمها المدعي على خصمه فهل يلزم القاضي الاشهاد على نفسه إذا سأله صاحب الحق؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجب عليه؛ لأن له بالحق بينة فلم يلزم القاضي أن يجدد له بينة ويكون في ذلك مخيراً.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

والوجه الثاني: يلزمه أن يشهد على نفسه مع البينة كما يلزمه أن يشهد في الإقرار؛ لأن في إشهاده على نفسه مع البينة الموجودة تعديل بينته، وثبوت حقه، وإلزام خصمه. فهذه ثلاثة أحكام لا تثبت إلا بإشهاده على نفسه.

فإن سأله صاحب الحق الاسجال له بحقه، والاشهاد فيه على نفسه، كان في وجوب الاسجال به وجهان كما ذكرنا في وجوب كتب المحضر بالإقرار.

ولو حكم على المنكر باليمين، وأحلفه على إنكاره وسأله الاشهاد على نفسه بإحلافه، لزمه الاشهاد لأن اليمين قد أبرأته من الدعوى مع عدم البينة فاحتاج إلى حجة يسقط بها الرجوع في مطالبته وليس له حجة إلا إشهاد القاضي على نفسه.

فإن سأله كتب محضر بإحلافه والاشهاد فيه على نفسه كان في وجوبه عليه وجهان.

وليس للمدعي المطالبة بالإشهاد على إنكار خصمه، وإحلافه؛ لأن الحجة عليه، وليست له.

فصل: القول في المحاضر والسجلات.

فأما صفة المحضر والسجل فللقضاة فيهما عرف وشروط معتبرة ينبغي أن تكون متبعة لما في الخروج عن عرفهم وعادتهم فيها من توجه الظنون ووقوع الاشتباه.

فأما المحضر: فهو حكاية الحال وما جرى بين المتنازعين من دعوى وإقرار وإنكار وبينة ويمين.

فأما السجل: فهو تنفيذ ما ثبت عنده وإمضاء ما حكم به فهذا فرق ما بين المحضر والسجل.

فإن ذكر في المحضر تنفيذ الحكم جرى مجرى السجل في المعنى وإن خالفه لفظه في الابتداء واستغنى به عن السجل، وإن ذكر السجل حكاية الحال جرى مجرى المحضر في المعنى وإن خالف لفظه في الابتداء واستغنى به عن المحضر وإن كان الأولى أن لا يعدل بواحد منهما عن موضوعه؛ لأن المقصود بالمحضر أن يتذكر به الحاكم ما جرى بين المتنازعين ليحكم فيه بموجب الشرع، والمقصود بالسجل أن يكون حجة بما نفذ به الحكم. فلذلك وجب الفرق بينهما بتمييز كل واحد منهما عن الآخر.

وصفة المحضر أن يكتب: حضر القاضي فلان بن فلان، وهو يومئذ قاضي عبد الله الإمام فلان على بلد كذا في مجلس حكمه وقضائه في موضوع كذا. وسواء كان المحضر على إقرار أو بينة.

وقال أبو حامد الإسفرايني: إن كان على إقرار لم يذكر مجلس حكمه، وإن كان في بينة ذكر؛ لأن سماع البينة حكم، وليس في الإقرار حكم.

وليس لهذا الفرق بينهما وجه؛ لأن الدعوى لا يسمعها القاضي إلا في مجلس حكمه، لأنه يتعلق بالإقرار إلزام، والإلزام حكم.

ثم يذكر اسم المدعي. واسم المدعى عليه، وما جرى بينهما، من قدر الدعوى، وما تعقبها من إقرار، أو إنكار، ويمين، أو نكول، أو سماع بينة.

ويعلم القاضي فيه بعلامته التي عرف بها.

وإن أشهد فيه كان أوكد وأحوط، ويسلمها إلى المحتج بها، ويجعل مثلها في ديوانه.

وأما السجل فيبدأه بالشهادة، كما ابتدأ المحضر بالحضور، فيكون أول السجل: هذا ما أشهد عليه القاضي فلان على ما قدمناه، ويذكر في مجلس حكمه وقضائه، فإن كان اسجالاً بمحضر كتب نسخته، وإن كان اسجالاً بما تضمنه كتاب، من ثبوت ملك فيه، كتب نسخته، وذكر بعده إنفاذ حكمه به، واستوفاه على شروطه، وأشهد بما فيه على نفسه.

وللمحاضر والسجلات كتب هو أحق بها من كتابنا هذا الموضوع لفقه الأحكام دون مواضعات الشروط، وربما أفردنا لذلك كتاباً بمشيئة الله.

ولا بد للاسجال من شهادة لما تضمنه من إنفاذ الحكم بما فيه. وقد يكون المحضر في الأغلب بغير شهادة.

فصل: القول في حفظ الحجج والوثائق.

وأما الفصل الثالث وهو حفظ ما حصل عنده من الحجج والوثائق من المحاضر والسجلات، فيكتب على ظهر كل واحد منهما اسم صاحبه، وتاريخ تنفيذه، ويختمه بخاتمه، وإن لم يختم النسخة التي في يد صاحبها لما يحتاج إليه من عرضها وإظهارها.

ويجمع وثائق كل يوم، إما بنفسه، إو بمشهده، ولا يكله إلى من يتولاه بغير معاينته، لأنها أمانات أربابها في يده، ليسلم من اغتيال، أو احتيال، ويضعها في قمطر، أو سفط، يختمه بخاتمه.

فإذا اجتمعت حجج كل شهر ضمها، وكتب على مجموعها: اسم الشهر من السنة. ويفعل مثل ذلك في كل شهر.

فإذا تكاملت حجج السنة كلها أفردها وكتب على ما اشتمل عليها حجج سنة كذا.

ثم يفعل مثل ذلك كل سنة، وتكون جميعها تحت ختمة في أوعيته.

ويختم بعد ذلك على خزانته، ويكون الخاتم في يده ولا يسلمه إلى غيره، إلا مع مشاهدته، لئلا يتم فيه احتيال إذا فارقه وبعد عنه.

هل يحكم القاضي بما يجده في ديوانه من الحجج والكتب دون أن يتذكرها؟.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يَقْبَلَ مِنْ ذَلِكَ وَلاَ مِمَّا وَجَدَ فِي دِيوَانِهِ إلاَّ مَا حفِظَ لأَنَّهُ قَدْ يُطْرَحُ فِي الدِّيوَانِ وَيُشْبِهُ الخَطُّ الخَطَّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا حضر القاضي خصمان وذكر الطالب منهما أن في ديوان القضاء حجة له على خصمه وسأله إخراجها والحكم بها وعرض عليه مثل نسختها التي بيده لم يعمل عليها وأخرج نسخة ديوانه ووقف عليها.

فإذا عرف صحتها وذكر حكمه فيها عمل على ما ذكره وألزم الخصم ما حكم به.

وإن عرف صحة خطه ولم يذكر وقت حكمه لم يجز أن يحكم بخطه وإن صح في نفسه.

وبه قال أبو حنيفة ومحمد.

وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف: يجوز أن يحكم بخطه إذا عرف صحته وإن لم يذكره.

وهو عرف القضاة في عصرنا.

استدلالاً بأمور منها: أنه قد فعل من الاحتياط بالخط والختم والحفظ غاية ما في وسعه، فلو لم يعمل عليه لتأهت به الحقوق، ولبطلت به الأحكام، ولما احتاج إلى ما فعله من الاحتياط. ومنها: أن العمل به مستفيض والإنكار فيه مرتفع.

ومنها: أنه لما جاز للراوي أن يروي أخبار الديانات من كتابه إذا وثق بصحته كانت الأحكام بذلك أولى.

وهذا ليس بصحيح لقول الله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عَلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦]، وما أمضاه بخطه ولم يذكره فقد قفا ما لم يعلمه، ولأن الحكم أغلظ من الشهادة، لما تضمنه من الالزام، فلما لم تجز الشهادة بمعرفة الخط إلا مع الذكر كان الحكم بذلك أحق.

ولأن الخطوط قد تشتبه، ويزور عليها ما لا يكاد يفرق بينهما، ويحتال على الختوم فصار إمضاء الحكم به من غير ذكر مشتبهاً، ولا يجوز للقاضي إلزام حق وإمضاء حكم مع الاشتباه والاحتمال.

فأما الجواب عن قولهم: إنه قد فعل غاية وسعه ليحكم به فهو، أنه فعل ذلك ليتذكر به لا ليحكم.

وأما الجواب عن استدلالهم بالاستفاضة: فهو أنها استفاضة استرسال. وليست باستفاضة اعتقاد.

وأما الجواب عن الرواية: فهو أن حكم الرواية أوسع وفي حفظها مع الكثرة مشقة، ولما كانت الشهادة مفارقة للرواية بهذا المعنى، كانت مفارقته للأحكام والالزام لهذا المعنى أولى.

فصل: هل يجوز تولية القاضي الأمي؟.

فإن كان القاضي ممن لا يكتب الخط ولا يقرأه فقد اختلف أصحابنا في صحة ولايته على وجهين:

أحدهما: تصح ولايته؛ لأن شروط النبوة أغلظ. وقد كان رسول الله ﷺ أمياً، ولأنه إذا لم يلزمه العمل بخطه لم يؤثر فقده في ولايته.

والوجه الثاني: لا تصح ولايته إذا كان أمياً حتى يكتب ويقرأ؛ لأنه لا يقوى في الاجتهاد إلا بما يقرأه من العلوم ولا يحفظ ما علمه من شرع وأمضاه من حكم إلا بما يرجع إليه من كتابه ويتذكره من خطه، ولذلك قال النبي ﷺ: «قيدوا العلم بالكتابة».

فأما رسول الله ﷺ، فقد جعل الله تعالى ذلك من معجزاته، فخالف فيه من سواه.

إذا نسي الحاكم حكمه وشهد به شاهدان.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ شَهِدَ عِنْدَهُ شُهُودٌ أَنَّهُ حَكَمَ بِحُكْمٍ فَلَا يُبْطِلُهُ وَلَا يُحِقُّهُ إِذَا لَمْ يَذْكُرْهُ».

قال الماوردي: وصورتها في خصمين حضرا مجلس القاضي فادعى أحدهما على صاحبه حقاً، وأنكره الآخر. فذكر المدعي للقاضي أنه قد ثبت حقي عليه عندك وحكمت لي به.

فإن ذكر القاضي ذلك وعلمه، حكم على الخصم به، سواء قيل إن للقاضي أن يحكم بعلمه أو لا؛ لأنه ليس هذا منه استئنافاً لحكم وإنما هو إمضاء وإلزام لما تقدم من حكمه.

وإن لم يذكر القاضي ذلك وأحضره المدعي خطه فقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يحكم بخطه إذا لم يذكره.

فإن أحضره المدعى شهوداً يشهدون عنده بما ثبت من حقه على خصمه فلذلك ضربان:

أحدهما: أن يشهد الشهود عنده أن المدعى عليه أقر عنده لهذا المدعي بكذا، سمع القاضي هذه الشهادة، لأنها شهادة على إقرارالمدعى عليه، وليست بشهادة على حكم القاضي وهذا متفق عليه.

والضرب الثاني: أن يشهد الشهود عنده أنه حكم لهذا المدعي على خصمه بكذا لثبوت ذلك عنده بما ذكره من إقرار أو بينة فيشهدون عنده بحكمه فقد اختلف الفقهاء فيه.

فمذهب الشافعي أنه لا يجوز للقاضي أن يسمع البينة على حكم نفسه وبه قال أبو يوسف.

وقال أبو حنيفة ومحمد وهو مذهب ابن أبي ليلى:

ويجوز للقاضي أن يسمع البينة على حكم نفسه كما يسمعها على حكم غيره.

استدلالاً بأن رسول الله ﷺ سمع قول ذي اليدين أنه سلم من ركعتين، واستشهد أبا بكر وعمر على ما قاله ذو اليدين فصدقاه، فلم يمتنع من قبول شهادتهما على فعل نفسه، فكان من عداه من الحكام بقبول الشهادة أحق.

ولأنه إجماع الصحابة، لما رواه حميد عن أنس قال: بعث أبو موسى الأشعري بالهرمزان إلى عمر رضي الله عنه، حين نزل على حكمه، فلما قدم الهرمزان عليه سكت، فقال له عمر: تكلم، فقال: أكلام حي أم كلام ميت؟ فقال له عمر: تكلم فلا بأس عليك فقال: «نحن وأنتم معاشر العرب حيث خلا الله بيننا وبينكم كنا نستعبدكم فلما كان الله معكم فليس لنا بكم يدان فأمر عمر بقتله، فقال له أنس: كيف تقتله وقد قلت له لا بأس عليك؟ فقال عمر لأنس: «من يشهد معك؟» فشهد معه الزبير، فقبل شهادتهما، وأطلقه آمناً، وفرض له في العطاء، وكان هذا بمشهد من أعيان الصحابة، فلم ينكر أحد منهم على عمر سماعه للشهادة على قوله، فدل على إجماعهم على جوازه.

وقد أجاز المسلمون مثل ذلك في روايات السنن المشروعة: روى ربيعة، عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» ونسي سهيل الحديث، فقال له ربيعة: أنت حدثتني به فكان سهيل يقول:

حدثني ربيعة عني عن أبي هريرة: «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد»، فإذا جاز أن يرجع إلى غيره فيما رواه جاز أن يرجع إليه فيما حكم به. ولأنه كما جاز أن يسمع الشهادة على حكم غيره جاز أن يسمعها على حكم نفسه.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿بَلِ الإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤].

فوكله في فعله إلى نفسه، ولم يكله إلى غيره.

ولأنه لما لم يجز أن يعمل على شهادة غيره؛ أنه قد صلى حتى يعلم ذلك من نفسه وحقوق الله تعالى أوسع حكماً من حقوق العباد، كان بأن لا يسمع الشهادة على حكمه لغيره وعلى غيره أولى، ولأن الشهادة أخف من الحكم، لما في الحكم من الإلزام الذي لا تتضمنه الشهادة.

ثم ثبت أن الشاهد إذا نسي شهادته فشهد بها عنده لم يجز أن يعمل على الشهادة فيما يشهد به؛ فكان الحكم بذلك أولى.

وأما الجواب عن قصة ذي اليدين فمن وجهين:

أحدهما: أنه تذكر بقولهم فعمل على ذكره.

والثاني: أن قولهم أحدث له شكاً، والشك في الصلاة يوجب العمل فيها على اليقين، وبهما يجاب عن قصة الهرمزان.

وأما الجواب عن رواية الأخبار، فلسعة حكمها جاز فيها ما لم يجز في غيرها.

وأما الجواب عن سماع غيره للشهادة، فهو أن غيره يعمل على غلبة الظن، فجاز أن يعمل على الشهادة بغلبة الظن، وهو يعمل في فعل نفسه على اليقين، فلم يجز أن يعمل بغلبة الظن في الشهادة حتى يقطع بيقين نفسه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَإِنْ شَهِدُوا عِنْدَ غَيْرِهِ أَجَازَهُ لأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ مِنْهُ مَا يَعْرِفُ مِنْ نَفْسِهِ فَإِنْ عَلِمَ غَيْرُهُ أَنَّهُ أَنْكَرَهُ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا شهد الشهود عند غيره من القضاة بما حكم به لم يخل حال رده لشهادتهم من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يردها؛ لأنه لم يذكر حكمه بها وهو لا يرى سماع الشهادة على حكم نفسه، فيجوز لغيره من القضاة إذا شهد الشهود عنده بما حكم به أن يقبل شهادتهم ويعمل عليها ويحكم بها، لما قدمناه في الجواب من الفرق بينه وبين غيره في أن فعل نفسه محمول على يقينه وفعل غيره محمول على غلبة الظن، وسواء كان القاضي الذي حكم حياً أو ميتاً والياً أو معزولاً، وهذا متفق عليه.

والحال الثانية: أن يكون القاضي الذي قد حكم قد أكذب الشهود عنده وردهم

مجروحين، فلا يجوز لغيره أن يقبل شهادتهم على حكمه، لأن الأول قد حكم بإبطال الحكم وتفسيق الشهود.

والحال الثالثة: أن يكون قد أنكر الحكم ولم يكذب الشهود، فلا يجوز لغيره مع إنكاره للحكم أن يسمع الشهادة بحكمه.

وقال مالك: يجوز أن يسمعها ويحكم بها؛ لأن الشهادة على المنكر مسموعة اعتباراً بسائر الحقوق.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن الحاكم أصل والشهود فرع، وفساد حكم الأصل موجب لفساد حكم الفرع، كالشهادة على الشهادة، إذا فسد فيها حكم الأصل فسد حكم الفرع.

والثاني: أنه لما كان لو أكذبهم لم يكن لغيره أن يسمع به شهادتهم، وجب أن يكون كذلك إذا أنكرهم والله أعلم بالصواب.

كِـتَابُ قَاضٍ إِلَى قَاضٍ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِـيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَيَقْبَلُ كُلَّ كِتَابِ لِقَاضٍ عَدْلٍ وَلاَ يَقْبَلُهُ إِلاَّ بِعَدْلَيْنِ وَحَتَّى يَفْتَحَهُ وَيَقْرَأَهُ عَلَيْهِمَا فَيَشْهَدَا أَنَّ القَاضِي أَشْهَدَهُمَا عَلَى مَا فِيهِ وَأَنَّهُ قَرَأَهُ بِحَضْرَتِهِمَا أَوْ قُرِىءَ عَلَيْهِمَا وَقَالَ اشْهَدَا أَنَّ هَذَا كِتَابِي إِلَى فُلاَنٍ».

قال الماوردي: أما كتب القضاة إلى القضاة والأمراء، في تنفيذ الأحكام، واستيفاء الحقوق فمحكوم بها ومعمول عليها.

والأصل فيها ما حكاه الله تعالى من كتاب سليمان إلى بلقيس قالت ﴿أَيُّهَا الْمَلَأُ إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَابٌ كَرِيمٌ إِنَّهُ مِن سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ أَلَّا تَعْلُوا عَلَيَّ وَأْتُونِي مُسْلِمِينَ﴾ [النمل: ٣٠] فأنذرها بكتابه، ودعاها إلى دينه، وجعله بمنزلة كلامه واقتصر فيه على أن قال: ﴿ألا تعلوا عليَّ وأتوني مسلمين﴾ فأوجز واختصر، وهكذا تكون كتب الأنبياء موجزة مختصرة.

فاحتمل قوله: ﴿لا تعلوا علي﴾ تأويلين:

أحدهما: لا تعصوني.

والثاني: لا تخالفوني.

واحتمل قوله ﴿وأتوني مسلمين﴾ تأويلين:

أحدهما: مسلمين بديني.

والثاني: مستسلمين لطاعتي.

وهو أول من افتتح ببسم الله الرحمٰن الرحيم[١].

ولما نزلت هذه الآية على رسول الله ﷺ افتتح كتبه بـ «بسم الله الرحمٰن الرحيم».

---

(١) انظر الدر المأثور ١٠٦/٥.

وكتب رسول الله ﷺ إلى ملوك الأمم يدعوهم إلى الإسلام[1].

فكتب إلى اثني عشر ملكاً منهم كسرى ملك الفرس وقيصر ملك الروم.

فأما كسرى فكتب إليه: «بسم الله الرحمٰن الرحيم من محمد بن عبد الله إلى كسرى بن هرمزان أسلموا تسلموا والسلام».

فلما وصل كتابه مزقه فقال النبي ﷺ تمزق ملكه .

وكتب إلى قيصر: «بسم الله الرحمٰن الرحيم، من محمد بن عبد الله، إلى قيصر عظيم الروم: ﴿يا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ، أَن لا نَعْبُدَ إِلاَّ اللَّهَ، وَلاَ نُشْرِكَ بِهِ شَيْئاً﴾ [الآية: آل عمران: ٦٤]. فلما وصل كتابه قبله ووضعه على رأسه وتركه في المسك فقال النبي ﷺ: «ثبت ملكه».

وكتب رسول الله ﷺ إلى عمرو بن حزم كتاباً ذكر فيه الأحكام والزكوات والديات، فصار في الدين شرعاً ثابتاً، وعملا مستفيضاً.

وجهز رسول الله ﷺ جيشاً وأمر عليهم عبد الله بن جحش ودفع إليه كتاباً مختوماً، وقال: لا تفضه حتى تبلغ موضع كذا، فإذا بلغته ففضه، واعمل بما فيه ففضه في الموضع الذي أمره، وعمل بما فيه، وأطاعه الجيش عليه.

وكتب الخلفاء الراشدون إلى أمرائهم وقضاتهم بما عملوا عليه في الديانات والسياسات.

وكتب عمر إلى أبي موسى الأشعري عهده على قضاء البصرة وهو مشهور جعله المسلمون أصلاً للعهود.

وكتب إلى أبي هريرة: أما بعد: فإنه قد حصر بنا فالوحا الوحا.

وكتب علي بن أبي طالب إلى عبد الله بن عباس: أما بعد فإن الإنسان ليسره درك ما لم يكن ليفوته، ويسوءه فوت ما لم يكن ليدركه، فلا تكن بما نلت من دنياك فرحاً، ولا بما فاتك منها ترحاً، ولا تكن ممن يرجو الآخرة بغير عمل ويؤخر التوبة بطول أمل، فكأن قدِ، والسلام.

قال ابن عباس: فما انتفعت ولا اتعظت بعد رسول الله ﷺ بمثل هذا الكتاب.

فدلت هذه السنن والآثار على قبول الكتب في الأحاكم ولأن ضرورات الحكام

---

(١) انظر صحيح البخاري في كتاب الأيمان (١٩) ومسلم في الجهاد باب (٩).

إليها داعية في حفظ الحقوق؛ لأنها قد تبعد عن مستحقيها ويبعد عنها مستحقوها فلم يجد الحكام بداً من مكاتبة بعضهم لبعض بها.

فإذا تقرر هذا فللقاضي أن يكتب إلى غيره من القضاة بما وجب عنده من حكم، أو ثبت عنده من حق، ويكتب به إلى من هو أعلى منه، وأدنى، وإلى خليفته، ومستخلفه.

ويكون المقصود به أمرين:

أحدهما: أن يثبت بها عند الثاني ما ثبت عند الأول.

والثاني: أن يقوم في تنفيذها واستيفائها مقام الأول.

متى يجب قبولها.

وإذا كان كذلك فلوجوب قبولها ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون الثاني عالماً بصحة ولاية الأول، فإن لم يعلم بصحة ولايته لم يلزمه قبول كتابه.

والشرط الثاني: أن يكون عالماً بصحة أحكامه، وكمال عدالته، فإن لم يعلم لم يلزمه قبول كتابه.

والشرط الثالث: أن يعلم صحة كتابه فيما تضمنه من أحكام:

بأي شيء يعلم صحة الكتاب.

واختلف فيما يعلم به صحة كتابه.

فمذهب الشافعي وأبو حنيفة وأكثر الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن يقبله القاضي المكتوب إليه إلا أن يشهد به شاهدان على ما سنصفه.

وذهب قضاة البصرة: الحسن، وسوار بن عبد الله، وعبيد الله بن الحسن العنبري، وهو قول أبي يوسف، وأبي ثور وإسحاق بن راهويه وأبي عبيد القاسم بن سلام وهو إحدى الروايتين عن مالك ومال إليه من أصحاب الشافعي أبو سعيد الإصطخري، أنه إذا عرف القاضي المكتوب إليه خط القاضي الكاتب وختمه واتصلت بمثله كتبه جاز أن يقبله، ويعمل بما تضمنه، احتجاجاً بأمرين:

أحدهما: أن كتب رسول الله ﷺ قد كانت مقبولة، يعمل بما فيها من غير شهادة.

والثاني: أن عرف الحكام بقبولها مستفيض، لتعذر الشهادة بها، وسكون النفس إلى صحتها.

والدليل على فساد ما ذهبوا إليه ما روي أن رجلاً ادعى على رجل عند رسول الله ﷺ حقاً غائباً فقال له رسول الله ﷺ «شاهداك، أو يمينه» فجعل الحكم مقصوراً على الشهادة دون الكتاب.

ولأن نقل ما غاب عن القاضي لا يثبت إلا بالشهادة دون الخط قياساً على خطوط الشهود إذا كتبوا إلى القاضي بشهادتهم لم يحكم بها كذلك كتب القضاة.

ولأن الخطوط تشتبه، والتزوير على أمثالها ممكن، فلم يجز مع هذا الاحتمال أن يعمل بها مع إمكان ما هو أحوط منها، كما لم يجز أن تقبل شهادة الأعمى؛ لأنه قد يجوز أن تشتبه عليه الأصوات، وعدل عنه إلى شهادة البصير لانتفاء الاشتباه عنه.

ولأن ما أمكن العمل فيه بالأقوى لم يجز العمل فيه بالأضعف، كالشهادة على العقود، لما أمكن أن تسمع من الشاهد لم يجز أن تسمع من المخبر.

فأما الجواب عن كتب رسول الله ﷺ فمن وجهين:

أحدهما: أنها كانت ترد مع رسل يشهدون بها.

والثاني: أنها تجري مجرى الأخبار التي يخف حكمها لعمومها في التزامها والشهادة محمولة على الاحتياط تغليظاً لالتزامها.

وأما الجواب عن دعوى الاستفاضة فهو أنه غير مسلم ثم هي استفاضة فعل مخصوص وليس باستفاضة اعتقاد عام.

فصل: صحة الكتب ولزوم الحكم بها.

فإذا ثبت أن كتب القضاة إلى القضاة لا تقبل بالخطوط حتى يشهد بها عدول الشهود فالكلام في صحتها ولزوم الحكم بها يشتمل على أربعة فصول:

أحدها: فيما يكتب به القاضي من أحكامه.

والثاني: فيمن يكاتبه القاضي بحكمه.

والثالث: فيما يجب به قبول كتبه.

والرابع: فيما يمضيه القاضي المكتوب إليه من حكمه.

ما يكتب به القاضي من أحكامه.

فأما الفصل الأول: فيما يكتب به القاضي من أحكامه فأحكامه تنقسم أربعة أقسام:

أحدها: أن يحكم لحاضر على حاضر بحق حاضر.

والثاني: أن يحكم لحاضر على حاضر بحق غائب.

والثالث: أن يحكم لحاضر على غائب بحق غائب.

والرابع: أن يحكم لحاضر على غائب بحق حاضر.

فأما القسم الأول: وهو أن يحكم لحاضر على حاضر بحق حاضر فالحق على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون عيناً حاضرة فيحكم القاضي بها لمن استحقها إما بإقرار، أو ببيّنة، وينتزعها من يد المحكوم عليه ويسلمها إلى المحكوم له ولا يجوز في مثل هذا أن يكتب به القاضي إلى غيره سواء أقام المحكوم عليه أو هرب.

والضرب الثاني: أن يكون الحق في بدن المحكوم عليه فإن كان مقيماً بعد الحكم استوفاه منه ولم يكتب به القاضي إلى غيره.

فإن هرب بعد الحكم عليه وقبل استيفائه منه جاز للقاضي أن يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه الهارب بما حكم عليه، من قصاصٍ أو حد ليستوفيه القاضي المكتوب إليه، وهذا حكم على حاضر فيجوز أن يكتب به من لا يرى الحكم على غائب.

والضرب الثالث: أن يكون الحق في ذمة المحكوم عليه من الأموال الثابتة في الذمم.

فإن كان المحكوم عليه مقيماً استوفاه القاضي منه لمستحقه ولم يكتب به إلى غيره.

وإن هرب قبل استيفاء الحق منه، فإن كان له مال حاضر استوفاه من ماله، ولم يكتب به إلى قاض غيره، وإن لم يكن له مال حاضر جاز أن يكتب بما ثبت عنده من الحق إلى قاضي البلد الذي هرب إليه المحكوم عليه، ليستوفيه وهو قضاء على حاضر وليس بقضاء على غائب.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يحكم لحاضر على حاضر بحق غائب فهذا يكون في الأعيان دون الذمم وهذا مما يكتب بمثله القضاة.

وثبوت استحقاقه قد يكون من أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقر به المطلوب.

والثاني: أن يثبت بيمين الطالب بعد نكول المطلوب.

والثالث: أن يكون ببينة شهدت به للطالب على المطلوب.

فإن ثبت الاستحقاق بإقرار المطلوب كان القاضي فيما يكتب به من حكمه مخيراً بين أن يذكر ثبوت استحقاقه بإقراره أو لا يذكر؛ لأن المقر لو أقام بينة باستحقاقه لم تقبل منه.

وإن ثبت الاستحقاق بيمين الطالب بعد نكول المطلوب لزم القاضي فيما يكتب به من حكمه أن يذكر ثبوت ذلك عنده بيمين الطالب بعد نكول المطلوب؛ لأن المطلوب لو أقام بينة قبلت منه.

وإن ثبت الاستحقاق ببينة شهدت به على المطلوب ففي وجوب ذكرها في كتاب القاضي وجهان:

أحدهما: لا يلزمه ذكر البينة، ويكون فيه مخيراً، كالإقرار.

والوجه الثاني: يلزمه ذكر الحكم بالبينة، لأنه قد يجوز أن يعارضها المطلوب ببينة أخرى فيكون بيده وببينته أحق من بينة بغير يد.

والقاضي بالخيار بين أن يسمي شهود البينة أو لا يسميهم إذا وصفهم بالعدالة.

فإن لم يصفهم بها فهل يكون الحكم بهم تعديلاً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: إن ذكره للحكم بشهادتهم تعديل يغني عن ذكر عدالتهم.

والوجه الثاني: أنه لا بد أن يصفهم بالعدالة وبما يجوز به قبول الشهادة لأنه قد يجوز أن يكون حكم بظاهر التوسم والسمت.

فصل: وأما القسم الثالث وهو أن يحكم لحاضر على غائب بحق غائب.

فإن كان الغائب وقت الحكم حاضراً ثم غاب فهو حكم على حاضر لحاضر.

وإن كان غائباً عند الحكم عليه نفذ حكمه إن كان يرى جواز القضاء على الغائب ولم ينفذ إن لم يره.

فإن كتب وهو لا يرى القضاء على الغائب بسماع البينة على الغائب ولم يذكر الحكم بها نظر فإن ذكر الشهادة ولم يذكر ثبوت الحق بالشهادة جاز أن يكتب بذلك ويكون القاضي المكتوب إليه هو الحاكم بها ويكون كتاب القاضي كالشهادة على الشهادة.

وإن ذكر ثبوت ذلك عنده بالشهادة ففي كون الثبوت حكماً وجهان:

أحدهما: قاله أبو حامد الإسفرايني: يكون حكماً، فعلى هذا لا يجوز أن يكتب به.

والوجه الثاني: وهو أصح عندي، أنه لا يكون حكماً؛ لأن الحكم هو الالزام وليس في الثبوت الزام، وهو في ثبوت الحق كالأقرار.

أقسام الحق المحكوم به.

فإذا نفذ كتاب القاضي بذلك على ما فصلناه فالحق المحكوم به على أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون الحق في ذمة المحكوم عليه.
والثاني: أن يكون في بدنه.
والثالث: أن يكون عيناً منقولة في يده.
والرابع: أن يكون عيناً منقولة في بلده.

فأما الضرب الأول: وهو أن يكون الحق في ذمته: فيستوفي منه إن أيسر، وينظر به إن أعسر.

وأما الضرب الثاني: وهو أن يكون الحق على بدنه، فإن كان لآدمي كالقصاص وحد القذف استوفاه المكتوب إليه.

وقال أبو حنيفة لا يجوز أن تستوفى حدود الأبدان بكتب القضاة وإن كانت من حقوق الآدميين لتغليظها.

وهذا فاسد. من وجهين:

أحدهما: أنها لما لم تسقط بالشبهة صارت كالأموال.
والثاني: أنها لما جازت فيها الشهادة على الشهادة حكم فيها بكتب القضاة.

فأما ما كان من حقوق الله تعالى كحد الزنا ففي جواز استيفائه بكتاب إلى القاضي قولان، لجواز استيفائه بالشهادة على الشهادة:

أحدهما: يستوفى كحقوق الآدميين.

والقول الثاني: لا يستوفى؛ لأن حقوق الله تعالى تدرأ بالشبهات.
والضرب الثالث: وهو أن يكون الحق عيناً في يده غير منقولة كالضياع والعقار فالحكم على الغائب لا يكون إلا ببينة.

فإن ثبت عنده عدالة شهودها حكم بثبوتها، وجاز أن يكتب بها إلى قاضي البلد الذي فيه الملك المستحق، دون قاضي البلد الذي فيه المحكوم عليه إن كان في غيره.

وإن لم تثبت عنده عدالة الشهود وهم غرباء وذكر الطالب أن له بينة بتزكيتهم بقيمها عند قاضي بلدهم فللشهود ثلاثة أحوال:

أحداها: أن يكونوا من أهل البلد الذي فيه الملك وهم على العود إليه، فلا تسمع شهادتهم وإن سمعها لم يكتب بها، وقال للطالب اذهب مع شهودك إلى قاضي بلدهم وبلد مالك ليشهدوا عنده بما شهدوا به عندي، فإن كتب القضاء مختصة بما لا

يمكن ثبوته بغيرها، وثبوت هذا بالشهادة ممكن، فلم يحكم فيه بالمكاتبة، كالشهادة على الشهادة، لا يحكم بها مع القدرة على شهود الأصل.

والحال الثانية: أن يكون الشهود من البلد الذي فيه الملك، ولا يريدون العود إليه، والبينة بتعديلهم فيه، فيجوز أن يكتب القاضي بشهادتهم عنده إلى قاضي البلد الذي فيه الملك بما شهدوا به، ليكشف عن عدالتهم، فإذا صحت عنده حكم بشهادتهم، فيصير التعديل والحكم مختصاً بالقاضي المكتوب إليه، ويكون كتاب القاضي الأول مقصوراً على نقل الشهادة، ولا وجه لمكاتبة الثاني الأول بالتعديل ليتولى الأول الحكم؛ لأن الثاني قادر على تنفيذ الحكم فلم يحتج فيه إلى الأول.

والحال الثالثة: أن يكون الشهود من غير البلد الذي فيه الملك، فيجوز للقاضي بعد سماع شهادتهم أن يكتب إلى قاضي بلدهم، ويسأله عن عدالتهم، فإن عرفها كتب بها إلى القاضي الأول، ليتولى الحكم بشهادتهم، ويكون الثاني حاكماً بعدالتهم.

ولا يجوز أن يقبل كتاب الثاني إلا بشهادة، لأن كتاب الأول استخبار، وكتاب الثاني حكم.

وأما الضرب الرابع: وهو أن يكون عيناً منقولة في يد المطلوب، كالعبد والدابة والثوب.

فإذا أحضر الطالب البينة بعد ادعائه في يد المطلوب بغصب أو عارية وحلّاه الشهود بحليته ونعتوه باسمه وجنسه وصفته ففي الحكم بشهادتهم على ما ينقل من الأعيان الغائبة قولان:

أحدهما: وهو المنصوص عليه وحكاه الشافعي عن أبي حنيفة، ومحمد، واختاره المزني، أنه لا يجوز الحكم بها فيما ينقل من الأعيان الغائبة حتى يشير الشهود إليها بالتعيين.

وهذا أصح القولين، وهو المعمول عليه؛ لأن الصفات تتشابه، والحلى تتماثل، فلم يجز الحكم بها مع الاحتمال حتى يزول بالتعيين ويكون الحكم بالشهادة على الأعيان الغائبة مقصوراً على ما لا ينقل لتعيينه بحدوده وموضعه دون ما ينقل للإشكال فيه.

والقول الثاني: وحكاه الشافعي، عن غيره، وأضافه كثير من أصحابنا إليه، أنه يجوز الحكم بالشهادة على الأعيان الغائبة، وإن كانت منقولة كما يجوز الحكم بها في غير المنقولة، لما يجب من حفظ الحقوق على أهلها.

وخرج ابن سريج من هذين القولين وجهاً ثالثاً، فقال: إن كان هذا العبد المدعي في عينه يختص بوصف يندر وجوده في غيره كشامة في موضع من جسده أو إصبع

زائدة في موضع من يده أو كان مشهوراً من عبيد السلطان لا يشركه غيره في اسمه ومنزلته وصفته، جاز الحكم بشهادتهم مع غيبته، وإن شابه عموم الناس في صفته ونعته لم يحكم فيه بالشهادة إلا مع التعيين والإشارة، وأجرى ذلك مجرى الأنساب فيمن غاب، إذا رفعت، حتى تراخت وزال الاشتراك فيها حكم فيها بالشهادة وإن قربت حتى اشتبه الاشتراك فيها، لم يحكم بالشهادة إلا مع التعيين.

ولهذا التخريج وجه، لكنه نادر، وإطلاق القول يكون على الأعم الأغلب.

فإذا قيل بالقول الأول أن الحكم بها لا يجوز إلا مع التعيين، ففي جواز سماعها والمكاتبة بها قولان:

أحدهما: لا يسمع القاضي الشهادة بها؛ لأنها تراد للحكم، فإذا لم يتعلق بها حكم لم تسمع ذكره في أدب القاضي.

والقول الثاني: نص عليه في كتاب الدعوى: يجوز أن يسمع القاضي الشهادة بها ويكتب به إلى قاضي البلد الذي فيه العبد المطلوب، فإذا وصل الكتاب إليه، لم يحكم بالعبد إلا أن يعينه الشهود.

قال الشافعي: ويستفاد بهذه الشهادة، وإن لم يقع الحكم بها إلا مع التعيين من الجهتين، أن لا يتكلف الثاني الكشف عن عدالتهم، ولا يتكلف الشهود إعادة شهادتهم وإنما يقتصرون على الإشارة بالتعيين، فيقولون: هذا هو العبد الذي شهدنا به لفلان عند القاضي فلان.

ويستفاد بها عندي فائدة ثالثة: أن يموت العبد فيستحق بهذه الشهادة على المطلوب ذي اليد قيمته على نعته وصفته.

وإذا قيل بالقول الثاني، أن الحكم بهذه الشهادة مع عدم التعيين جائز، أحضر القاضي المكتوب إليه العبد وصاحب اليد وقال له: هذا العبد هو المنعوت بهذه الصفة. فإن اعترف بها، حكم عليه بتسليم العبد إلى طالبه.

وإن أنكر أن يكون هو الموصوف المحكوم به فقد اختلف القائلون بهذا القول فيما يحكم به على قولين:

أحدهما: حكاه الشافعي عن ابن أبي ليلى، وهو قول أبي يوسف: أن القاضي يختم في عنق العبد، ويسلمه إلى الطالب المشهود له، مضموناً عليه، ويأخذ منه كفيلاً، وينفذه إلى القاضي الأول، ليحضر الشهود لتعيينه.

فإن عينوه، وأنه العبد الذي شهدوا به للطالب حكم به له وكتب إلى القاضي الثاني باستحقاق الطالب، وبراءة الكفيل من ضمانه.

وإن لم يشهدوا به للمطلوب بعينه ألزمه رده على من كان في يده، وأخذه بنفقة عوده وضمان نفسه إن تلف.

ولو كان بدل هذا العبد أمة فقد اختلف من قال بهذا، في إجرائها مجرى العبد:

فمنع أبو يوسف من تسليمها؛ لأنها ذات فرج، وربما كانت أم ولد لصاحب اليد، وجعل هذا الحكم مقصوراً على العبد.

وسوى ابن أبي ليلى بين العبد والأمة أن تضم إلى أمين ثقة يحتاط به حذراً من التعرض لإصابتها.

قال الشافعي عند حكاية هذا القول عن ابن أبي ليلى: وهو استحسان، وليس بقياس.

وأخذ بهذا القول من أصحابنا أبو سعيد الإصطخري مذهباً لنفسه.

ولا يصح تخريجه على مذهب الشافعي؛ لأنه يترك الاستحسان بالقياس وقد جعله استحساناً.

والقول الثاني: من مذاهب القائلين بجواز الحكم به، حكاه الشافعي عن بعض الحكام: أن ينادي القاضي على العبد فيمن يزيد، فإذا انتهى ثمنه، قال لمدعيه: ادفع ثمنه يكون موضوعاً على يد عدل، وخذ العبد معك، فإن عينه شهودك حكم به القاضي لك، وكتب برد الثمن عليك، وإن لم يعينوه لك، لزمك رده، واسترجاع ثمنه.

وهذا القول إن أجاب إليه الطالب جاز العمل عليه، وإن لم يجب إليه لم يجبر عليه.

والأصح عندي من هذا كله أن يقبل القاضي الثاني الكتاب، ويحكم بوجوب ما تضمنه، من العبد الموصوف فيه، ويخير صاحب اليد في العبد بين ثلاثة أحوال: بين أن يسلمه بالصفة المشهود بها إلى طالبه فينبرم الحكم بها، وبين أن يمضي بالعبد مع طالبه، على احتياط من هربه إلى القاضي الأول، فإن عينه الشهود، سلمه إلى الطالب بحكمه، وإن لم يعينه الشهود، خلى سبيل العبد مع صاحب اليد، وبين أن يعدل بالطالب إلى دفع القيمة للعبد الموصوف دون العبد الذي في يده. فأي هذه الثلاثة فعل صاحب اليد فقد خرج من حق الطالب وإن امتنع من جميعها، وقد ثبت استحقاق العبد الموصوف لم يجز أن يسقط شهادة عدول ثبتت بمثلهم الحقوق، وأخذه القاضي الثاني جبراً بدفع قيمة العبد الموصوف؛ لأنه قد صار بالاشتباه غير مقدور عليه؛ فجرى مجرى العبد المغصوب أو الآبق لزم دفع قيمته كذلك، هذا ولا يجبره على تسليم

العبد، لما ذكرنا من الاشتباه، ولا يجبره على السفر بالعبد إلى القاضي الأول؛ لأنه لا إجبار عليه في السفر بماله ولا على المحاكمة إلى غير قاضي بلده والله أعلم بصوابه.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو أن يحكم الحاكم لحاضر على غائب بحق حاضر، فهذا يكون في الأعيان المستحقة بالشهادة، فلا يقف الحكم فيه على مكاتبة قاض آخر، وينفرد بالحكم بعد سماع البينة إن كان ممن يرى القضاء على الغائب، وسواء كانت العين منقولة أو غير منقولة.

فإن سأله المحكوم له أن يكتب له كتاباً باستحقاق الملك الحاضر إلى قاضي البلد الذي فيه المحكوم عليه، فإن كانت العين المحكوم بها منقولة، لم يكتب بها لانبرام الحكم بها، وانقطاع العلق فيها، وإن كانت غير منقولة كالعقار أجابه إليه وكتب له به، وإن كان الحكم قد انبرم؛ لأنه قد يجوز أن يستحق عن ذلك أجرة يطالب بها المحكوم عليه.

ويتفرع على هذا: أن رجلاً لو حضر قاضي بلد وذكر له أنني ابتعت في خلطة فلان الغائب سهماً من دار في بلدك وعفا عن شفعته ولي بينة قد أحضرتها تشهد عليه بالعفو فاسمعها، واكتب بها إلى قاضي البلد الذي فيه الشفيع، فلست آمن إن خرجت إليه أن يطالبني بالشفعة ويجحد العفو، لم يسمع القاضي بينته، ولم يكتب له بشيء،، وإنما لم يسمعها؛ لأن سماعها بعفو الغائب يكون بعد دعوى الغائب فلم يجز أن يسمع عليه بينة فيما لم يدعه.

وهكذا لو قال الحاضر: لفلان الغائب علي ألف، قد دفعتها إليه أو قد أبرأني منها وهذه بينتي ولست آمن إن خرجت إليه أن يجحد القبض أو الإبراء ويطالبني، فاسمع بينتي واكتب بها إلى قاضي بلده، لم يسمعها، ولم يكتب بها؛ لأن الغائب لم يطالب فلم يسمع البينة على غير مطالب.

وهكذا لو قال الحاضر: إنَّ فلاناً الغائب باعني هذه الدار، أو وهبها لي، وهذه بينتي، ولست آمن أن يجحدها، فاسمعها لي، لم يسمعها؛ لأن سماعها يكون بعد جواب الغائب إن أنكر.

ويتفرع على هذا: أن امرأة لو ادعت أن زوجها طلقها وهو غائب أو حاضر، وهؤلاء شهودي عليه بالطلاق ولست آمن أن يتعرض لي فاسمع بينتي واحكم عليه بطلاقي لم يسمع بينتها سواء كان حاضراً أو غائباً؛ لأنه لم يتعرض لها فلم تصح هذه الدعوى فإن تعرض لها الزوج أحضره ولم يسمع البينة قبل حضوره وإنكاره.

فإن كان الزوج غائباً وأرادت الزوجة أن تخرج إلى بلده، ففي سماع بينتها إذا ادّعت أنه قد يتعرض لها وجهان:

أحدهما: لا يسمعها كما لا يسمعها على مثل هذه الدعوى في الأملاك.

والوجه الثاني: يسمعها في الزوجية وإن لم يسمعها في الأملاك، لما يلزم من فضل الاحتياط في حفظ الفروج، ولو لم تذكر خروجها إلى بلده لم يسمع بينتها وجهاً واحداً.

ويتفرع على هذا: أنَّ أمة لو كانت في يد رجل، فأحضرها إلى القاضي، وذكر أنه اشتراها من فلان الغائب، ودفع إليه ثمنها، وسأل القاضي أن يسمع بينته على ابتياعها ودفع ثمنها، لم يسمعها منه، فإن استحقت الأمة من يده ببينة شهدت بها لمستحقها جاز للقاضي حينئذ أن يسمع بينته بابتياعها من الغائب، وإن لم يسمعها قبل الاستحقاق؛ لأنه مستحق للرجوع بدركها بعد الاستحقاق، وغير مستحق للدرك قبل الاستحقاق.

وهكذا لو ادعت الأمة أنها حرة الأصل، وأقامت بينة بحريتها فسأل صاحب اليد أن يسمع بينته بابتياعها من الغائب سمعها لاستحقاقه الرجوع بدركها.

ولو أن الأمة حين قالت أنها حرة الأصل عدمت البينة ولم يتقدم إقرارها بالرق قُبِلَ قولها في حريتها واحلفت لصاحب اليد؛ لأن الحرية أصل لا يطرأ عليه الرق.

فإن سأل صاحب اليد أن تسمع بينته بابتياعها من الغائب ليرجع يدركها عليه، لم يسمعها القاضي ولم يكاتب بها.

والفرق بينهما: أن بينتها بالحرية مسموعة على كل ذي يد ثابتة وزائلة، وقولها في الحرية مقبول، على ذي اليد الثابتة.

ويستحق صاحب اليد إحلاف البائع أنها ليست بحرة فإن سأل القاضي أن يكتب له بما حكم به من حريتها كتب له بإحلاف البائع، ولم يكتب له برجوع الدرك على البائع.

ويتفرع على هذا: أن يشهد عند القاضي شاهد واحد يملك لرجل فيذكر المشهود له أن له شاهداً آخر في بلد آخر ويسأل القاضي أن يكتب إلى قاضي ذلك البلد بما شهد به الشاهد عنده فهذا معتبر بالملك.

فإن كان في بلد القاضي الآخر كتب له بشهادة من شهد عنده ليتولى ذلك الحاكم تكميل البينة وتنفيذ الحكم.

وإن كان الملك في بلد هذا القاضي لم يكتب له بالشهادة، وأخذ كتاب ذلك القاضي بما شهد به الشاهد الآخر ليتولى هذا القاضي تنفيذ الحكم بالشاهدين.

ويتفرع على هذا أن رجلاً أو امرأة لو ادعى واحد منهما أن له ولداً حراً في بلد

آخر وسأل القاضي سماع البينة بنسبه وحريته أو بأنه ولد على فراشه ليكتب به إلى قاضي ذلك البلد، فلهذا الطالب في طلبه ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يطلب ذلك؛ لأن الولد قد مات فيجوز للقاضي أن يسمع البينة بذلك ويكتب به إلى قاضي ذلك البلد ليحكم له بميراث ولده.

والحال الثانية: أن يذكر أن الولد حي، وأنه في يد من قد استرقه سمع البينة بنسبه وحريته، وكتب بها إلى قاضي ذلك البلد، سواء ذكر اسم المسترق أو لم يذكره.

ولو كان هذا في ملك لم تسمع البينة إلا بعد تسمية صاحب اليد؛ لأن الملك ينتقل والحرية ولا تنتقل.

فإن كانت البينة تشهد بحرية الولد ولم تشهد بنسبه، لم يسمعها، ولم يكتب بها؛ لأن الطالب إذا لم يثبت له نسب لم يثبت له حق في الطلب، ولو كانت البينة تشهد بالنسب دون الحرية نظر فإن كان ثبوته موجباً للحرية سمعها وكتب بها وإن لم يوجب الحرية لم يسمعها ولم يكتب بها.

والحال الثالثة: أن لا يذكر الطالب استرقاق الولد، ولا موته، فلا يجوز أن يسمع البينة ولا يكتب بها؛ لأنه لا يتعلق بها في الحال حق لطالب ولا مطلوب، فهذا حكم الفصل الأول فيما اشتمل عليه من الأقسام الأربعة.

فصل: من يكاتبه القاضي بحكمه.

وأما الفصل الثاني: من الفصول الأربعة وهو فيمن يكاتبه القاضي بحكمه فهم على أربعة أقسام:

أحدها: مكاتبة القضاة.

والثاني: مكاتبة الأمراء.

والثالث: مكاتبة الشهود.

والرابع: مكاتبة المحكوم عليه.

فأما القسم الأول في مكاتبة القضاة: فيكاتب بحكمه أحد قاضيين: إما قاضي البلد الذي فيه الخصم المحكوم عليه، وإما قاضي البلد الذي فيه الملك المحكوم به، وليس لمكاتبة غيرهما من القضاة وجه، لأنه لا يتعلق على غيرهما شيء من حكمه.

فإذا كتب إلى قاضي البلد الذي فيه الخصم المطلوب فانتقل المطلوب إلى بلد آخر أوصل الطالب كتابه إلى ذلك القاضي ويتنجز به كتابه إلى قاضي البلد الذي انتقل المطلوب إليه، وجاز للقاضي الثاني أن يكتب به إلى القاضي الثالث.

فإن عاد الطالب إلى القاضي الأول وسأله أن يكتب له إلى القاضي الثالث

فالأولى بالقاضي الأول أن يستعيد منه الكتاب الأول ويكتب له كتاباً ثانياً إلى القاضي الثالث.

فإن لم يستعده، ذكر في الكتاب الثاني أنه قد كان كتب له كتاباً بهذا الحكم إلى فلان القاضي حتى لا يتوصل بالكتابين إلى أن يأخذ بحق حقين.

فإن قال الطالب خصمي في بلد كذا ولست آمن أن ينتقل منه إلى غيره، وسأل كتابين، لم يجز أن يكتبهما، وكان القاضي بين خيارين: إما أن يكتب إلى قاضي البلد الذي كان فيه المطلوب، ليتنجز به الطالب كتاب ذلك القاضي، إن خرج المطلوب إلى غيره وأما أن يكتب له كتاباً مرسلاً إلى من وصل إليه كتابه من سائر القضاة.

وهكذا لو لم يعرف الطالب البلد الذي فيه المطلوب، كتب له القاضي كتاباً مطلقاً يعلم به جميع القضاة، فأي قاض كان المطلوب في بلده جاز له أن يقبل كتابه ويحكم به.

ولو كتب القاضي للطالب كتاباً وتسلمه منه ثم ذكر أنه قد ضاع، كتب له غيره على مثل نسخه لا يتغير في لفظ ولا معنى، وذكر فيه أن الطالب قد كان تنجز غيره بمثله، وذكر أنه ضاع منه لئلا يتم بالكتابين احتيال.

ويجوز أن يكون كتاب القاضي إلى القاضي على أحد وجهين:

إما بالحكم بالحق ليكون الثاني مستوفياً، وإما بثبوت الحق، ليكون الثاني حاكماً.

فصل: وأما القسم الثاني في مكاتبة القاضي للأمير: فهي مقصورة على مكاتبة أمير البلد الذي فيه الخصم المطلوب، أو الملك المحكوم به، دون غيره من الأمراء.

ولا يكتب إليه إلا بما حكم به، وأمضاه، ليكون الأمير مستوفياً له ولا يكون حاكماً به لأن الحماة والأمراء أعوان على استيفاء الحقوق، وليسوا بحكام فيها، بخلاف القضاة المندوبين للاسنيفاء والأحكام.

وإذا كان كذلك، فمكاتبة القاضي للأمير مقصورة على أحد ثلاثة أمور:

أحدها: أن يكتب إليه بما حكم به من ملك الطالب في بلده، ليمكنه من التصرف فيه، فيرفع عنه يد من سواه، فهذا يجوز إذا أَمِنَ عدوان الأمير.

فلو كان لبلد الملك أمير وقاض، كانت مكاتبة الأمير بذلك أولى من مكاتبة القاضي؛ لأنه باليد أخص، ما لم يعارضه القاضي فيه.

والثاني: أن يكتب إليه بما حكم به على الخصم المطلوب، ليستوفيه للطالب، فهذا يجوز أن يكاتب به الأمير.

فلو كان لبلد هذا المطلوب أمير وقاضٍ، كانت مكاتبة القاضي بذلك أولى؛ لأن القاضي بإلزام الحقوق أخص.

والثالث: أن يكتب إليه بإحضار المطلوب إليه فهذا معتبر بولاية القاضي.

فإن كان بلد الأمير داخلاً في ولايته، جاز أن يكتب إليه بإحضار المطلوب.

ولزم الأمير انفاذه إليه.

وإن كان خارجاً من ولايته، لم يجز للقاضي أن يكتب إلى الأمير بإحضاره.

ولم يجز للأمير أن ينفذه إليه.

فصل: **وأما القسم الثالث** في مكاتبة القاضي للشهود، فليس للشهود تنفيذ حكم ولا استيفاء حق، وإنما هو وثائق، فيما يتحملونه من الحقوق، ليشهدوا بها لمستحقيها عند مستوفيها.

وإذا كان كذلك فللقاضي في مكاتبتهم ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكاتبهم بتنفيذ الحكم، فهذا منه استخلاف لهم على الحكم، وهو استئناف ولاية، لا يصح إلا بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكونوا من أهل عمله فإن كانوا من غيره لم يجز.

والثاني: أن يكونوا من أهل الاجتهاد فإن لم يكونوا منهم لم يجز.

والثالث: أن يذكر لفظ التقليد فإن لم يذكره لم يجز ويصير هذا تقليداً خاصاً في هذا الحكم دون غيره على اجتماع فيه، ولا ينفرد به أحدهم.

والحال الثانية: أن يكاتبهم باستيفاء الحق: فجواز ذلك معتبر بشرطين:

أحدهما: أن يكونوا من عمله فإن كانوا من غيره لم يجز.

والثاني: أن يكون المطلوب في عمله، فإن كان في غيره لم يجز.

والحال الثالثة: أن يكاتبهم إشهاداً لهم على حكمه، ليكونوا وثيقة للطالب يتحملون عنه إنفاذ حكمه له، فجرى هذا مجرى الشهادة على الشهادة، فيصح أن يكاتبهم به، وإن كانوا من غير أهل عمله ويصح أن يتحملوه عنه إذا أشهدهم شهود المتحملين للكتاب، ويصح أن يؤدوا ذلك إذا تعذر ثبوته بمن تحملوا ذلك عنه وهو القاضي أو شهود الكتاب كما نقوله في الشهادة على الشهادة.

فصل: **وأما القسم الرابع** في مكاتبة المحكوم عليه، فالكتاب إليه إلزام له، وحكم عليه.

فإن كان من غير أهل عمله لم يجز أن يكتب إليه ولا يجب إذا كتب إليه أن يلتزم كتابه، ولا يقبله؛ لأنه في طاعة غيره من القضاة.

وإن كان من أهل عمله جاز أن يكتب إليه .

ولزمه إذا وصل الكتاب إليه أن يقبله لأنه ملتزم لطاعته، فإن خرج إلى الطالب من حقه، وإلا لزمه المصير مع الطالب إلى القاضي إذا دعاه إليه إن كان على مسافة أقل من يوم وليلة ، وإن كان على أكثر منها لم يلزمه الحضور إلا بالاستحضار ، فهذه أقسام الفصل الثاني من الفصول الأربعة .

فصل: وأما الفصل الثالث منها ، وهو فيما يجب فيه قبول كتبه : فقد ذكرنا في عقد الباب أنه لا يقبل كتاب القاضي في الحكم إلا بشاهدين، يتحملان الكتاب عنه ، ويشهدان به عند القاضي المكتوب إليه .

وإذا كان كذلك ، فلتحملهما الكتاب شروط ، ولأدائهما للكتاب شروط :

فأما شروط تحمله فثلاثة :

أحدها : أن يعلما ما فيه وعلمهما به يكون من أحد ثلاثة أوجه .

إما أن يقرأه القاضي عليهما ، وإما أن يأمر من يقرأه بحضرته عليهما ، وإما أن يقرأه الشاهدان عليه .

فإن لم يعلما ما فيه ودفعه القاضي إليهما مختوماً ليشهدا به ، لم يجز عند الشافعي وأبي حنيفة . وجوزه أبو يوسف وهذا فاسد؛ لإمكان التزوير على الختم ، كإمكانه على الخط ، ولأنه تحمل شهادة ، فلم يجز إلا بمعلوم .

فإن أراد الشاهدان في الكتاب المختوم أن يشهدا بالكتاب ، ولا يشهدا بما فيه ، ففي جوازه لأصحابنا وجهان :

أحدهما : يجوز لأنها شهادة بكتاب معين .

والوجه الثاني : لا يجوز ، لأن الشهادة به لا تفيد ، لأن المقصود بها ما فيه .

ولا يجوز للمكاتب قبوله للحكم بما فيه إلا بشهادة غيرهما .

والشرط الثاني : أن يقول القاضي لهما : هذا كتابي إلى القاضي فلان فاشهدا عليّ بما فيه فإن لم يقل لهما هذا كتابي إلى فلان واقتصر بهما على عنوانه لم يجز .

وإن قال لهما : هذا كتابي إلى فلان ولم يسترعهما الشهادة ولا قال اشهدا علي بما فيه ، ففي صحة التحمل والأداء بهذا القول وحده وجهان ، بناءً على اختلاف أصحابنا في جواز الشهادة على المقر بالسماع من غير استدعاء المقر للشهود ، فإن قيل لا تجوز الشهادة بالسمع إلا بعد استدعائهما ، لم يصح هذا التحمل ، ولم يجز معه الأداء وإن قيل بجوازه ، جوز هذا في التحمل والأداء .

والشرط الثالث : أن لا يغيب الكتاب عنهما بعد تحمل ما فيه إلا أن يكونا قد كتبا

فيه شهادتهما، ليتذكرا به صحة الكتاب ومعرفته، فإن غاب الكتاب عنهما قبل إثبات خطهما فيه، أو ارتابا به بعد الخط لم يصح التحمل، إلا أن يعيد القاضي قراءته عليهما ويقول لهما: هذا هو كتابي الذي أشهدتكما عليّ بما فيه إلى القاضي فلان؛ لأنه قد يحتمل أن يبدل في الغيبة بغيره.

وأما شروط أدائه إلى القاضي المكتوب إليه فثلاثة:

أحدها: أن يستديم الثقة بصحة الكتاب، وقد يكون ذلك من أحد وجهين.

إما أن لا يخرج الكتاب عن أيديهما وأما أن يكونا قد أثبتا فيه خطوطهما، حتى يحققا علامتهما فيه، فإن تشككا فيه لم يصح أداؤهما.

والشرط الثاني: أن يصل إلى القاضي بمشهدهما، أما من أيديهما، أو من يد الطالب بحضرتهما فإن لم يشاهدا وصوله لم يصح الأداء.

والشرط الثالث: أن يشهدا عند القاضي بما فيه بلفظ الشهادة دون الخبر فإن قالاه بلفظ الخبر دون الشهادة أو شهدا بالكتاب ولم يشهدا بما فيه لم يصح الأداء للحكم.

فصل: ما يمضيه القاضي المكتوب إليه من حكمه.

وأما الفصل الرابع وهو فيما يمضيه القاضي المكتوب إليه من حكمه، فكتابه على ضربين:

أحدهما: أن يكون مقصوراً على نقل ما ثبت عنده من إقرار وشهادة، فيثبت بالكتاب عند الثاني ما ثبت عند الأول من إقرار أو شهادة، ويتولى الثاني انفاذ الحكم فيه برأيه واجتهاده، فإن اختلف اجتهادهما فيه، كان محمولاً على اجتهاد الثاني، دون الأول، لاختصاص الثاني بتنفيذ الحكم فيه.

والضرب الثاني: أن يكون الكتاب مشتملاً على ذكر الشهادة وإمضاء الحكم بها، فلا يخلو حال حكمه عنده من ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون عنده جائزاً، لا يخالفه فيه، فعليه أن يمضيه لطالبه ويأخذ المطلوب بأدائه.

والضرب الثاني: أن يكون عنده باطلاً لا مساغ له في الاجتهاد، فعليه أن ينقضه.

فإن اقترن به حق الله تعالى، كالنكاح، والطلاق، نقضه وإن لم يطالب بنقضه، وإن تفرد بحقوق الآدميين، لم يكن له نقضه إلا أن يطالبه المحكوم عليه بنقضه.

والضرب الثالث: أن يكون حكمه محتملاً للاجتهاد، لتردده بين أصلين أداه اجتهاده فيه إلى غير ما حكم به الكاتب، فليس له أن يمضيه، لاعتقاده أنه باطل وليس له أن ينقضه، لاحتماله في الاجتهاد، وليس له أن يأخذ المطلوب بأدائه؛ لأنه غير

مستحق عنده وليس له أن يمنع الطالب منه، لنفوذ الحكم به، وقال للمطلوب: لست أوجبه عليك، ولا أسقطه عنك، وقال للطالب: لست أوجبه لك، ولا أمنعك منه، فإن تراضيتما أمضيته على مراضاتكما، وإن تمانعتما تركتكما على تنازعكما، وقطعت التنافر بينكما. ويخرج في هذه القضية أن يكون فيها حاكماً أو مستوفياً.

فهذه جملة ما ضمناه عقد الباب من الأقسام والأحكام والله أعلم بالصواب.

نسخ الشاهدين الكتاب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَنْبَغِي أَنْ يَأْمُرَهُمْ بِنَسْخِهِ كِتَابَةً فِي أَيْدِيهِمْ وَيُوَقِّعُوا شَهَادَاتِهِمْ فِيهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وهو الأحوط في كتب القضاة، أن يكون الكتاب على نسختين:

إحداهما: مع الطالب مختومة والأخرى مع الشاهدين مفضوضة يتدارسانها، ليحفظا ما فيها، وتكون التي مع الطالب محفوظة بالختم حتى إن ضاعت إحدى النسختين، أو كلاهما، أمكن الشاهدان إذا حفظا ما في الكتاب أن يشهدا بما فيه.

فإن اقتصر القاضي في الكتاب على نسخة واحدة جاز وله فيه حالتان:

إحداهما: أن يدفع الكتاب إلى الشاهدين دون الطالب، فيجوز وهو مخير بين ختمه وتركه والأولى أن لا يختمه إذا كان معهما ليتدارساه ويحفظا ما فيه حتى يشهدا به لفظاً إن ضاع منهما.

والحال الثانية: أن يدفع القاضي الكتاب إلى الطالب دون الشاهدين، فعلى القاضي من الاحتياط فيه أن يختمه بخاتمه وعلى الشاهدين من الاحتياط في الشهادة به أن يوقعا فيه خطهما ويختماه بختمهما، ليكون ذلك علامة لهما في نفس الارتياب عنهما ويكون ختمهما في داخل الكتاب وختم القاضي على ظهره معطوفاً.

فإن اقتصر الشاهدان على الخط دون الختم جاز، وإن تركا زيادة الاحتياط.

فإذا وصل الطالب والشاهدان إلى القاضي المكاتب، تفرد الطالب بخطابه دون الشاهدين، وكان أول كلامه مستعدياً إليه، ولم يكن مدعياً عنده، فيقول: أنا استعديك على فلان في حق لي عليه، أو في يده وقد منعني منه.

ويجوز أن يقتصر على هذا القول، ولا يذكر الكتاب ولا حضور الشهود ولا يصف الحق ولا يذكر قدره لأنه مجلس استعداء وليس مجلس دعوى ويسأله إحضار خصمه.

فإذا حضر جدد الطالب الدعوى، ووصفها، وسأل القاضي الخصم المطلوب عنها.

فإن اعترف بها، وأقر لم يحتج الطالب إلى إيصال الكتاب، وحكم له بإقرار المطلوب.

وإن أنكر عرفه الطالب أن حقه عليه قد ثبت عند القاضي فلان وهذا كتابه إليك بثبوته عنده، وكان الطالب هو المباشر لتسليم الكتاب من يده إلى القاضي ويذكر له حضور شهوده.

فإذا وقف القاضي على عنوانه وختمه، سأل الشاهدين عنه قبل فضه سؤال استخبار لا سؤال شهادة.

فإذا أخبراه أنه كتاب القاضي إليه فضه وقرأه.

والأولى أن يفضه ويقرأه بمحضر من الخصم المطلوب فإن قرأه بغير محضر منه جاز.

ومنع أبو حنيفة من جواز فضه وقراءته قبل حضور الخصم المطلوب.

وهذا عندنا عدول عن الأولى، وليس بعدول عن الواجب، لأنه لا يتعلق بالقراءة حكم ولا إلزام.

ويبنيه أبو حنيفة على أصله في المنع من القضاء على الغائب.

فإذا قرأه القاضي سأل الشاهدين عما فيه سؤال استشهاد لا سؤال استخبار، لأن بهذه الشهادة يجب الحكم بما في الكتاب.

ولا يجوز أن يكون هذا إلا عند حضور الخصم المطلوب لأنها شهادة عليه بحق وجب عليه.

وهذا بخلاف الأول لأن الأول استخبار كانا فيه مخيرين، والثاني استشهاد كانا فيه شاهدين. ويجوز أن يكون الخصم غائباً عند الاستخبار ويجب أن يكون حاضراً عند الاستشهاد.

فلو اقتصر القاضي على الاستشهاد دون الاستخبار جاز، ولو اقتصر على الاستخبار دون الاستشهاد لم يجز لاختصاص الحكم بالشهادة دون الخبر.

والأولى بالقاضي أن يجمع بينهما، على ما وصفنا ليكون الاستخبار لاستباحة قراءته والاستشهاد لوجوب الحكم به.

شهادة النساء في تحمل كتب القضاة.

ولا يقبل في تحمل كتب القضاة وأدائها شهادة النساء، وإن تضمنت من الحقوق ما تقبل فيها شهادة النساء.

وجوز بعض العراقيين قبول شهادتهن فيها إذا تضمنت ما تقبل فيه شهادتهن من الأموال.

وهذا زلل، من وجهين:

أحدهما: أنها شهادة بحكم وليست بمال.

والثاني: أنها مجراة مجرى الشهادة على الشهادة التي لا يقبلن فيها، فلم يقبلن فيما أجرى مجراها.

تنفيذ حكم الكتاب.

فإذا تمت الشهادة عند القاضي بصحة الكتاب وقبله بالشاهدين، وقع بخطه فيه بالقبول وحكم به على الخصم المطلوب.

فإن كان الكتاب بملك عين قائمة، من أرضٍ أو دار، جاز أن يعيد الكتاب إلى الطالب المستحق لها ليكون حجة باقية في يده.

فإن سأله الطالب الإشهاد على نفسه فيه بقبوله، والحكم بمضمونه، لزمه الإشهاد به على نفسه.

وإن كان الكتاب بدين في الذمة فاستوفاه القاضي لطالبه ومستحقه لم يجز أن يعيد الكتاب إلى الطالب؛ لأنه قد سقط حقه فيه باستيفاء له.

ختم كتاب القاضي والحكم إذا انكسر الختم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ انْكَسَرَ خَاتَمُهُ أَوِ انْمَحَى كِتَابُهُ شَهِدُوا بِعِلْمِهِمْ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، والمقصود بالكتاب: حفظ ما فيه من نسيان أو خطأ والمقصود بالختم: الاحتياط والتكرمة.

وقد قيل في تأويل قوله: ﴿إني ألقي إلى كتاب كريم﴾ [النمل: ٢٩] أي مختوم.

والمعمول عليه في الكتاب ما يشهد به شاهداه.

فإن انكسر الختم أو امحى الكتاب جاز للشاهدين أن يشهدا بما فيه إذا حفظاه.

وكذلك لو ضاع الكتاب لم يمنع من صحة شهادتهما بمضونه.

ومنع أبو حنيفة من صحة شهادتهما أن ضاع أو امحى لتحملهما للشهادة على الكتاب فلم يجز أن يشهدا بغير كتاب.

ودليلنا: هو أنهما تحملا الشهادة بالحكم المذكور في الكتاب فلم يمنع تلفه من صحة تحملهما وجواز أدائهما.

ولأنهما لو شهدا من حفظهما بحق في كتاب وثيقه قد ضاع جاز ولم يمنع من صحة الشهادة كذلك إن ضاع كتاب القاضي.

فأما إذا كان الكتاب باقياً فأراد الشاهدان أن يشهدا بما فيه ولا يوصلاه حَرم إمساكه عليهما ولم يمنع من صحة شهادتهما، لأن الكتاب أمانة مؤداة في أيديهما.

فإن امحى ما في الكتاب لم يلزمها إيصاله لأنه لا يكون بعد امتحائه كتاباً.

ولو امحى بعضه لزمه إيصاله أن بقي أكثره ولم يلزمهما إيصاله إن ذهب أكثره.

تغير حال القاضي الكاتب بالموت أو العزل وغيرهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ مَاتَ الكَاتِبُ أَوْ عُزِلَ لَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ قَبُولَهُ وَنَقْبَلُهُ كَمَا نَقْبَلُ حُكْمَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كتب قاض إلى قاض كتاباً وأشهد به على نفسه شهوداً ثم تغيرت حال القاضي الكاتب بما يمنعه من الحكم فقد يكون ذلك بأحد أربعة أمور: بموت أو عزل أو جنون أو فسق.

تغير حاله بالموت أو العزل.

فإن تغيرت حاله بموت أو عزل فالحكم فيها سواء.

واختلف الفقهاء في حكم كتابه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي: أن حكم كتابه ثابت وقبوله واجب سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب عن يده أو بعده.

والثاني: وهو مذهب أبي حنيفة أن حكم كتابه قد سقط بتغيير حاله ولم يجز قبوله سواء تغيرت قبل خروج الكتاب عن يده أو بعده.

والثالث: وهو مذهب أبي يوسف إن تغيرت حاله قبل خروج الكتاب عن يده سقط حكمه، وإن تغيرت بعد خروجه عن يده ثبت حكمه.

ودليلهما على سقوط حكمه أنهما جعلا كتاب القاضي فرعاً لمن شهد عنده، وإذا تغيرت حال الفرع منع من ثبوت حكم الأصل كالشهادة على الشهادة إذا تغيرت فيها

حال شهود الفرع امتنع أن يثبت بهم حكم شهود الأصل.

ودليلنا أن القاضي وإن كان فرعاً لمن شهد عنده فهو أصل لمن أشهده على نفسه وتغير حال الأصل لا يمنع من ثبوت الحكم بالفرع كالشهادة على الشهادة، لا يمنع تغير حال شهود الأصل من ثبوت حكمهم شهود الفرع.

فصار علة الاختلاف أن أبا حنيفة أجرى عليه حكم الفرع اعتباراً بمن شهد عنده والشافعي أجرى عليه حكم الأصل اعتباراً بمن أشهده على نفسه.

واعتباره بالأصل أولى من اعتباره بالفرع؛ لأنه لما كان فرعاً لأصل، وأصلاً لفرع، كان اعتبار حكم الحال أولى من اعتبار حكم قد زال.

فصل: تغير حاله بالفسق أو الجنون.

وإن تغيرت حال الكاتب بفسق أو جنون فالحكم فيهما واحد.

فليس يخلو حال الكاتب من أن يكون بحكم أو شهادة.

فإن كان الكتاب بحكم قد أمضاه في حال سلامته، وجب قبول كتابه بعد تغير حاله؛ لأن ما نفذ من الأحكام في حال الجواز لم يتعقبه فساد.

وإن كان الكتاب بشهادة قد ثبتت عنده نظر: فإن تغيرت حاله بعد قبول كتابه ثبت حكمه، وإن تغيرت قبل قبوله، سقط حكمه، كالشهادة على الشهادة إذا فسق فيها شهود الأصل بعد قبول شهود الفرع صحت الشهادة ولو فسقوا قبل قبول شهود الفرع سقطت الشهادة.

فصل: تغير حال القاضي المكاتب.

فأما إذا تغيرت حال القاضي المكاتب بموت أو عزل أو جنون أو فسق سقط أن يكون قابلاً وحاكماً به.

فإن تقلد مكانه غيره من القضاة فقد اختلف أصحابنا: هل يجوز أن يقوم في قبول الكتاب مقام الأول المعزول؟ على وجهين:

أحدهما: وهو مذهب البصريين، وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يجوز له قبول كتاب إلى غيره كالشهادة عند المعزول، ولا يحكم بها المولى بعده.

والوجه الثاني: وهو مذهب البغداديين يجوز له قبول كتابه إلى المعزول لأن المعمول من الكتاب بما يؤديه شهوده من حكم الأول بمضمونه، فكان ثبوت الشهادة به عند الثاني كثبوتها به عند الأول فوجب أن يستويا فيه.

وقد حكي أن قاضياً بالكوفة كتب إلى إياس بن معاوية وهو قاضي البصرة كتاباً بحكم فوصل بعد عزل إياس وولاية الحسن البصري فقبله الحسن وحكم به.

فصـل: في حكم من استخلفه القاضي بعد حكم المستخلف.

ولو كان أحد القاضيين من قبل الآخر، فتغيرت حال المولي بموت، أو عزل، انعزل المولى، ولم يكن له قبول كتاب المولي.

ولو كان القاضي والياً من قبل الخليفة، فمات الخليفة أو خلع، لم ينعزل به القاضي وجاز له قبول كتابه.

والفرق بينهما: أن الخليفة يستنيب القضاة في حقوق المسلمين فلم ينعزلوا بموته، وتغير حاله، والقاضي يستنيب خليفته في حق نفسه، فانعزل بموته وتغير حاله.

فعلى هذا الفرق يجوز للقاضي أن يعزل خليفته بغير موجب، ولا يجوز للخليفة أن يعزل القاضي بغير موجب.

وسوى بعض أصحابنا بين موت الخليفة والقاضي في انعزال من ولياه.

وسوى آخرون منهم في بقاء ولاية من ولياه.

والذي عليه قول جمهورهم ما ذكرناه من الفرق بينهما.

فصل: كتاب القاضي وهو في غير محل ولايته.

وإذا سافر القاضي عن بلد ولايته، وكتب كتاباً بحكم إلى قاضٍ آخر لم يكن للمكاتب أن يقبل كتاب الكاتب لأن كتابه حكم، وحكمه لا ينفذ في غير عمله.

ولو كتبه الكاتب وهو في عمله فوصل إلى المكاتب وهو في غير عمله. لم يكن له أن يقبله، لأن قبوله حكم، وحكمه في غير عمله لا ينفذ.

ولو أن قاضيين اجتمعا في غير عملهما، مثل قاضي البصرة وقاضي الكوفة إذا اجتمعا ببغداد لم يكن لأحدهما أن يؤدي إلى الآخر ما حكم به، ولا أن يقبل منه ما حكم به، لأن الأداء والقبول حكم لا يصح منهما في غير عملهما.

ولو أنهما اجتمعا في بلد أحدهما مثل قاضي البصرة وقاضي الكوفة إذا اجتمعا في البصرة، فأدى كل واحد منهما إلى الآخر ما حكم به، لم يجز لقاضي البصرة أن يحكم بما أداه إليه قاضي الكوفة.

لأنه أداه في غير عمله، وأداؤه حكم وليس بشهادة لأمرين:

أحدهما: أن قوله وحده مقبول، والشهادة لا تقبل إلا من اثنين.

والثاني: أنه يخبر بفعل نفسه ولا تقبل شهادة الشاهد على فعل نفسه.

فأما ما أداه قاضي البصرة إلى قاضي الكوفة فأداؤه مقبول، لأنه يؤديه في غير عمله.

ويصير قاضي الكوفة بسماعه منه عالماً به، وليس بحاكم فيه، لأنه في غير عمله.

فإذا صار إلى عمله ففي جواز حكمه به قولان كالقاضي في جواز حكمه بعمله والله أعلم.

إغفال عنوان الكتاب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ تُرِكَ أَنْ يَكْتُبَ اسْمَهُ فِي العُنْوَانِ وَقَطَعَ الشُّهُودُ بِأَنَّهُ كِتَابُهُ قَبِلَهُ».

قال الماوردي: وهذا قاله رداً على أبي حنيفة، لأنه يقول: لا يجوز أن يقبله إلا أن يكون معنوناً في داخله فإن لم يكن فيه عنوان، أو كان عنوانه على ظاهره، لم يجز أن يقبله مع وفاقه أنه لا يقبل إلا بالشهادة.

وعلى مذهب الشافعي: ليس العنوان شرطاً في قبوله، ولا فرق عنده بين عنوانه من داخله وخارجه، ويجوز أن يقبله وإن لم يكن معنوناً لأن الحكم به متعلق بما يؤديه الشهود من مضمونه، فلم يكن لعنوانه ولا لفقده تأثير في الحكم بما شهد شهوده.

وعنوان الكتاب في داخله عرف قديم، وعلى ظاهره عرف مستحدث.

والعرف المعمول به أولى من العرف المتروك.

وليس يجمع بينهما في عصرنا إلا في كتب الخلفاء خاصة.

ثم قال أبو حنيفة: لا يقبل معنوناً بالاسم وحده، أو الكنية، حتى يجمع بين اسمه واسم أبيه وجده، لكل واحد من الكاتب والمكاتب، فإن اقتصر على اسمه واسم أبيه دون جده لم يجز، إلا أن يكون اسم الأب مشهوراً لا يشركه غيره فيه، أو تكون الكنية مشهورة لا يشركه غيره فيها.

وهذا القول مدفوع بما قدمناه.

والعرف في عصرنا مستعمل باستيفاء النسب في العنوان من الأدنى إلى الأعلى وبالاقتصار فيه من الأعلى إلى الأدنى.

هل يبدأ في العنوان باسم الكاتب أو باسم المكاتب.

فأما ما يبدأ به في العنوان من اسم الكاتب والمكاتب فقد جاءت الأخبار باستعمال الأمرين في عصر الصحابة.

فروي أن العلاء بن الحضرمي كان يبدأ باسمه في مكاتبه النبي ﷺ، فيكتب: من العلاء بن الحضرمي إلى محمد رسول الله ﷺ.

وكان خالد بن الوليد يكتب إلى محمد رسول الله ﷺ من خالد بن الوليد، ويكتب إليه ﷺ: من محمد رسول الله إلى خالد بن الوليد.

فمن بدأ باسمه فهو على الأصل، لأنه من الكاتب إلى المكاتب، ومن قدم اسم الكاتب فلتعظيمه.

وعرف الناس في عصرنا في كتب الملوك فمن دونهم: أن يقدم في كتبهم اسم المكاتب على اسم الكاتب، إلا الخلفاء خاصة فإنهم يقدمون في كتبهم اسماءهم على اسم المكاتب.

فأي الأمرين عمل عليه في كتب القضاة ففيه سلف متبوع.

وقد صار تقديم اسم الكاتب في عصرنا مستنكراً فكان العمل بما لا يتناكره الناس أولى، وإن جاز خلافه.

وينبغي أن يكون كتاب القاضي مقصوراً في الدعاء على ما يألفه أهل العصر من الألفاظ المستعملة في عرفهم، ويعدل عما تقدمها من اللفظ المتروك ويقتصر في كتابه على الحكم وحده، ولا يقرنه بخبر ولا استخبار.

ولكتبهم شروط ليس هذا موضعها.

الدعوى على المجهول والقضاء على الغائب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ أَنْكَرَ المَكْتُوبَ عَلَيْهِ لَمْ يَأْخُذْهُ بِهِ حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِأَنَّهُ هُوَ فَإِذَا رُفِعَ فِي نَسَبِهِ فَقَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ بِهَذَا الاسْمِ وَالنَّسَبِ وَالقَبِيلَةِ وَالصِّنَاعَةِ أُخِذَ بِذَلِكَ الحَقِّ وَإِنْ وَافَقَ الاسْمَ وَالقَبِيلَةَ وَالنَّسَبَ وَالصِّنَاعَةَ فَأَنْكَرَ المَكْتُوبَ عَلَيْهِ لَمْ يَقْضِ عَلَيْهِ حَتَّى يُبَانُ بِشَيْءٍ لاَ يُوَافِقُهُ فِيهِ غَيْرُهُ».

قال الماوردي: وأصل هذا إن الحكم إنما يتوجه على معروف، يتميز عن غيره، إما بعينه، وإما باسمه ونسبه لأن الجهالة بمن عليه الحق تمنع من تحقيق الإلزام.

فأما المعروف بعينه دون اسمه ونسبه، فلا يمكن الحكم عليه إلا مع حضوره ولا تكون الجهالة باسمه ونسبه مانعة من نفوذ الحكم عليه.

وأما المعروف باسمه ونسبه، فهو الذي يتوجه الحكم عليه في حضوره وغيبته.

فإذا ثبت عليه عند القاضي حق وهو حاضر استوفاه منه لمستحقه ولم يكتب به إلى غيره.

فإن غاب قبل دفع الحق الذي حكم به عليه، استحق الطالب أن يتنجز كتابه

بالحكم إلى قاضي البلد الذي صار إليه المطلوب ليستوفي المكاتب منه حق الطالب.

وإن ثبت الحق على المطلوب وهو غائب جاز للقاضي أن يسمع البينة عليه مع غيبته باتفاق من جوز القضاء على الغائب ومن لم يجوزه لأن سماع البينة إثبات حق يفضي إلى الحكم، وليس بحكم فصار كالشهادة على الشهادة في جوازها مع غيبة المشهود عليه.

فإن حضر لم يلزم إعادة الشهادة عليه بمشهده.

وأوجب أبو حنيفة إعادتها إذا حضر.

فإذا كتب القاضي بثبوت ذلك عنده كان المكاتب هو الحاكم به والكتاب بينة بثبوته.

وإن أراد القاضي بعد ثبوت الحق عنده أن يحكم به على الغائب جاز، عند الشافعي وعند من يرى القضاء على الغائب، ولم يجز عند أبي حنيفة وعند من لا يرى القضاء على الغائب.

وإذا كان كذلك، وأراد أن يكتب القاضي بثبوته، ونفوذ حكمه، فلجواز مكاتبة القاضي به إذا كان الحق في الذمة وثبوته بالبينة شرطان:

أحدهما: أن تثبت عنده عدالة الشهود، فإن لم تثبت عدالتهم لم ينفذ حكمه.

والشرط الثاني أن يحلف الطالب قبل حكمه له أنه ما قبض الحق ولا شيئاً منه.

وكذلك كل حكم أراد أن يحكم به على من لا يجيب عن نفسه من صغير أو مجنون أو ميت أو غائب لم يجز أن يمضي الحكم عليه إلا بعد إحلاف الطالب بالله ما قبض الحق، ولا شيئاً منه ولا أبرأه منه، ولا من شيء منه، ولا يرى إليه منه، ولا من شيء منه، وإن حقه لثابت عليه.

وأقل ما يجزيه أن يحلفه أنَّ حقه هذا لثابت عليه.

فيجوز مع هذين الشرطين أن يكتب إلى القاضي بحكمه على الغائب.

ويلزم القاضي فيما يكتب به من القضاء على الغائب شرطان:

أحدهما: أن يرفع في اسمه، ونسبه، وذكر قبيلته، وصناعته، بما يتميز به عن غيره.

والثاني: أن يذكر فيه إن كان بثبوت الحق عنده بالبينة أن الشهود عليه قد عرفوه بعينه، واسمه،. ونسبه.

وهو في تسمية الشهود في كتابه بين أمرين: إن شاء سماهم وهو أولى عندنا

وأحوط للمحكوم عليه، وإن شاء لم يسمهم، وهو أولى عند أهل الكوفة، وأحوط للمحكوم له.

فإن لم يسمهم، قال: شهد به عندي رجلان حران عرفتهما بما يجوز به قبول شهادتهما.

وإن سماهم قال: شهد به عندي فلان وفلان وقد ثبت عندي عدالتهما.

فإن لم يذكر ثبوت عدالتهما عنده وذكر الحكم بشهادتهما فهل يكون تنفيذه للحكم بشهادتهما تعديلاً منه لهما؟ على وجهين ذكرناهما.

وإن كان الحكم على الغائب بإقراره ذكر في كتابه: أنه أقر عندي طوعاً في صحة منه وجواز أمر لأن إقرار المكره ومن لا يجوز أمره من الصغير والسفيه غير لازم.

فإن اقتصر في كتابه على الحكم عليه بإقراره، ولم يقل طوعاً في صحة منه وإجواز أمرٍ، فهل يقوم حكمه عليه مقام ذكره لذلك أم لا؟ على وجهين كالحكم بالشهادة هل يقوم مقام ذكره للعدالة.

وإن كان الحكم على الغائب بنكوله ويمين الطالب ذكره القاضي مشروحاً في كتابه.

فيصير الحق ثابتاً على الغائب من أحد ثلاثة أوجه:

أحدهما: بإقراره وهو أقوى.

والثاني: بنكوله ويمين الطالب هو أضعف.

والثالث: بالشهادة على إقراره وهو أوسط.

فإن ذكر القاضي في كتابه ما حكم به عليه من هذه الوجوه الثلاثة فهو الصحيح النافي للتهمة.

وإن لم يذكر في كتابه ما حكم به منها وقال: ثبت عليه عندي بما تثبت بمثله الحقوق ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز لأن كل واحد من الثلاثة تثبت به الحقوق.

والوجه الثاني: لا يجوز لاختلاف أحكامهما؛ لأنه في الإقرار لا تسمع منه البينة في الأعيان وتسمع منه البينة في النكول وتتعارض به البينة في الشهادة فترجح بوجود اليد عندنا وترجح بعدمها عند أبي حنيفة.

فإذا اختلف الحكم بالحق في جنبة المحكوم عليه في كل واحد من الوجوه الثلاثة لم يجز للقاضي إغفال ذكرها لما فيه من إسقاط حجة المحكوم عليه.

وينبغي للقاضي أن يكتب بعد إنفاذ حكمه أنه قد جعل كل ذي حق وحجة على ما كان له من حق وحجة فهذا ما تقتضيه شروط كتاب القاضي إلى القاضي في الحكم على الغائب.

فصل: **فيما يجب على القاضي بعد وصول الكتاب إليه.**

فإذا وصل كتاب القاضي على ما ذكرناه ووصفناه من شروطه وأحكامه وجب على القاضي المكاتب إحضار الخصم المطلوب ومسألته عما تضمنه كتاب القاضي من الحكم عليه.

وله في الجواب عنه ستة أحوال:

إحداها: أن يقر بوجوب الحق عليه لطالبه فيحكم عليه بإقراره، دون الكتاب، لأن الإقرار أقوى من الكتاب.

والحال الثانية: أن يقر بوجوب الحق عليه لطالبه، ويدعي أنه قد قضاه، فإن أقام بينة بالقضاء سمعت منه وبرىء بها، وإن عدمها وسأل إحلاف الطالب لم يكن له، لأن القاضي الكاتب قد أحلفه.

والحال الثالثة: أن يقر بوجوب الحق لغير هذا الطالب، فإن كان الحق عيناً قائمة، بطل إقراره بها لغير هذا الطالب، وكان الطالب المحكوم له بها أحق، وإن كان الحق في الذمة صار مأخوذاً بإقراره لغير الطالب، ومأخوذاً بالكتاب لحق هذا الطالب.

والحال الرابعة: أن ينكر وجوب الحق عليه، ويقر بأنه المسمى في الكتاب فيؤخذ بالحق وإن أنكره، لثبوته عليه بكتاب القاضي وكتاب القاضي أوكد من الشهادة؛ لأنه عن شهادة اقترن بها حكم، وكتب القضاة حجة على المنكرين دون المقرين.

والحال الخامسة: أن ينكر الحق، وينكر أن يكون المسمى في الكتاب، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن ينكر الاسم المذكور، ويدعي غيره من الأسماء فله فيه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعرف بما ادعاه من الأسماء فلا يلزمه الحكم حتى تقوم الشهادة عليه في عينه.

والثاني: أن يعرف بالأسماء المذكورة في الكتاب فيحكم عليه ولا يقبل ما ادعاه من الاسم.

والثالث: أن يكون مجهول الحال فلا يحكم عليه إلا ببينة تشهد عليه بالاسم المذكور.

والضرب الثاني: أن يعترف بالاسم، ويذكر أنه اسم لغيره قد شاركه فيه، وغيره هو المحكوم عليه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعمل اشتراك جماعة في الاسم المذكور، وأقلهم أن يشاركه فيه واحد، فلا يحكم عليه بالكتاب إلا ببينة تشهد عليه أنه هو المسمى فيه.

والضرب الثاني: أن لا يعرف من يشاركه في ذلك الاسم والنسب فيؤخذ بالحق؛ لأنه المسمى في الظاهر، ولا يقبل منه ما ادعاه من المشاركة في الاسم الذي لا يعرف لغيره.

فإن أقام بينة بأن غيره يسمى بمثل اسمه ونسبه، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يقيمها باسم حي موجود قد شاركه في اسمه ونسبه، فتسمع بينته ولا يحكم عليه بالحق يشهد الشهود عليه في عينه.

والضرب الثاني: أن يقيم البينة باسم ميت قد شاركه في اسمه ونسبه فلا يخلو حال الميت من أن يكون قد عاصر الحي أو لم يعاصره.

فإن لم يعاصره، لم يكن لهذه المشاركة في الاسم تأثير وكان الحي مأخوذاً بالحق، ومعيناً فيه بالاسم.

وإن كان قد عاصره الميت لم يخل موته من أن يكون قبل الحكم أو بعده.

فإن كان موته بعد الحكم منعت هذه المشاركة من تعين الحكم على الحي لمشاركة الميت في الاسم فصار كما لو شارك فيه حياً حتى يشهد الشهود عليه بعينه.

وإن كان موته قبل الحكم ففيه وجهان حكاهما أبو حامد الإسفرايني:

أحدهما: أنه يثبت به حكم الاشتراك ويمنع من الحكم بالحق على الحي لاحتمال أن يكون الحق قد ثبت على الميت كثبوته على الحي.

والوجه الثاني: أنه لا يثبت به حكم الاشتراك ويؤخذ الحي بالحق؛ لأن مطلق الأحكام متوجهة في الظاهر إلى الأحياء دون الأموات.

والحال السادسة: أن ينكر الحق، ويعترف بالاسم، ويدعي جرح الشهود الذين شهدوا عليه بالحق، فقد اختلف الفقهاء في سماع بينته على جرحهم.

فحكى الشافعي في اختلاف العراقيين عن أبي حنيفة أنه لا تسمع بينته بجرحهم ويؤخذ بالحق؛ لأنه لا يعلم ما حدث بعده من توبة من تقدم جرحه.

وحكي فيه عن ابن أبي ليلى أن بينته تسمع بجرحهم وفسقهم فإن أقامها سقطت شهادتهم وبطل الحكم لثبوت جرحهم فلم يؤخذ بالحق.

ثم ذكر الشافعي مذهبه وهو أن ينظر فيما ذكره من جرحهم: .

فإن كان مما ترد به الشهادة مع العدالة بأن يدعي أنهم أعداؤه، أو لهم فيما شهدوا به شرك، أو بينهم وبين المشهود له ولادة تمنع من الشهادة. فهذا مانع من قبل شهادتهم، وليس بجرح في عدالتهم، فتسمع منه البينة بذلك ويبطل بهذا الحكم عليه.

وإن جرحهم بالفسق، وما تسقط به العدالة، فلا تخلو بينة الجرح من ثلاثة أحوال:

إحداها: أن تشهد بفسق الشهود في وقت شهادتهم فتسمع بينته بهذا الجرح لأن بينة الجرح أولى من بينة التعديل وتسقط شهادتهم بهذا الجرح ويبطل به الحكم.

والحال الثانية: أن يشهدوا بفسق الشهود بعد الحكم بشهادتهم، فلا تسمع بينته بهذا الجرح لأن حدوث الفسق بعد تقدم العدالة لا يمنع من صحة ما تقدم من الحكم بالشهادة، ويؤخذ بالحق.

والحال الثالثة: أن يشهدوا بفسق الشهود قبل سماع شهادتهم، فيعتبر ما بين زمان الجرح والشهادة.

فإن كان قريباً لا يتكامل صلاح الحال في مثله، سمعت بينة الجرح، وحكم بسقوط شهادتهم.

وإن تطاول ما بين زمان الجرح والشهادة لم تسمع بينة الجرح، وحكم بشهادتهم، لأن الحال يصلح مع تطاول الزمان، ويرتفع الفسق بما حدث بعده من العدالة.

فإن سأل مدعي الجرح إنظاره بإحضار البينة حتى يلتمسها انظر بها ثلاثة أيام، فإن أحضرها، وإلا أخذ بالحق وأمضى عليه الحكم.

فإن سأل إحلاف المحكوم له على عدالة شهوده، لم تلزمه اليمين؛ لأن تعديل الشهود إلى الحاكم دون المحكوم له، ولا مدخل لليمين فيه.

ولو سأل إحلافه على أن لا ولادة بينه وبينهم، ولا شركة، وجب إحلافه على ذلك، لاختصاصه بالمحكوم له دون الحاكم.

ولو سأل إحلافه على أن لا عداوة بينه وبينهم، فهذا مما يخفي عليه فلم يلزم إحلافه عليه.

فإن سأل المحكوم عليه بعد استيفاء الحق منه الإشهاد له بقبض الحق منه، وجب

على القابض المطالب الإشهاد على نفسه وهل يجب إشهاد القاضي على نفسه ببراءته منه بقبض مستحقه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: يجب على القاضي الإشهاد كما يجب على القابض، لما ظهر من ثبوت الحق عنده.

والوجه الثاني: لا يجب عليه الإشهاد ويجب الإشهاد على القابض وحده لاختصاص اسجال الأحكام بإثبات الحقوق دون إسقاطها.

فصل: [القول في ما يجب على القاضي المطالب بتسمية الشهود].

وإذا لـم يذكر القاضي الكاتب أسماء الشهود في كتابه فسأل المحكوم عليه القاضي المكتوب إليه أن يكاتب القاضي الكاتب يسأله عن أسماء شهوده لم يلزم إجابته ولم يجز أن يكتب به لأن فيه اعتراضاً على القاضي الكاتب في أحكامه وشهوده، ولو أن المحكوم عليه سأل المحكوم له أن يذكر أسماء شهوده لم يلزمه تسميتهم ولم يكن للقاضي أن يسأله عنهم. ولو خرج المحكوم عليه إلى القاضي الحاكم وسأله عن تسميه شهوده نظر: فإن كانوا ممن استقرت عنده عدالتهم وهم ممن لا تعاد المسألة لقديم شهادتهم لم يلزم تسميتهم له.

وإن كانوا ممن لم يشهدوا عنده بغيرها وهم ممن تعاد المسألة عنهم وجب عليه تسميتهم له بعد سؤاله.

فإن أقام بينة بجرحهم كان سماعها على ما قدمناه.

فإن أقامها عند الحاكم بشهادتهم، نقض حكمه بهم، وكتب بنقضه إلى قاضيه، ليسقط عنه الحق الذي كاتبه به.

وإن أقام البينة بجرحهم عند قاضيه الذي كوتب بوجوب الحق عليه لم يسمعها، لأنه لا يعلم أنهم شهود الحكم إلا من قول الخصم.

فإن كتب إليه القاضي بأسمائهم جاز أن يسمع البينة بجرحهم على ما قدمناه، ويحكم بإسقاط الحق عنه.

فإن سأله المحكوم عليه أن يكتب بجرحهم إلى القاضي الذي حكم بشهادتهم. لزمه مكاتبته به، ليسقط به الحق عن المحكوم عليه عند الحاكم به، حتى لا يأخذه به عند التنازع إليه.

فصل: ولو لم يذكر القاضي في كتابه سبب حكمه، وقال: ثبت عندي بما تثبت بمثله الحقوق وسأله المحكوم عليه عن السبب الذي حكم به، نظر: فإن كان قد حكم

عليه بإقراره لم يلزمه إن يذكره له؛ لأنه لا يقدر على دفعه بالبينة.

وإن كان قد حكم عليه بنكوله ويمين الطالب، لزمه أن يذكره له، لأنه يقدر على دفعه بالبينة.

وإن كان قد حكم عليه بالبينة فإن كان الحكم بحق في الذمة لم يلزمه ذكرها؛ لأنه لا يقدر على دفعها بمثلها، وإن كان الحكم بعين قائمة لزمه أن يذكرها؛ لأنه يقدر على مقابلتها بمثلها فترجح بينته باليد، فيكون وجوب البيان معتبراً بهذه الأقسام.

فصل: سؤال الطالب الحكم بالشاهد واليمين.

وإذا سأل الطالب أن يحكم له القاضي بشاهد ويمين فإن كان حنفياً لا يرى القضاء بمشاهد ويمين لم يحكم له، ولم يسمع شاهده.

وإن كان شافعياً، يرى القضاء بالشاهد واليمين، فإن كان الحكم على حاضر جاز أن يحكم له عليه بالشاهد واليمين.

وإن كان الحكم على غائب ويريد الطالب أن يتنجز به كتابه إلى قاضي بلد المطلوب، ففي جواز الحكم بالشاهد واليمين، فيما يكتب به إلى غيره وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه قول مشروع ومذهب مشهور.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يكتب به؛ لأن المخالف فيه من العراقيين، يرى نقض الحكم به وهو من سرفهم. فلم يكن له تعريض حكمه للنقض والأولى من إطلاق هذين الوجهين.

أن يعتبر رأي القاضي الكاتب به.

فإن كان يرى القضاء بالشاهد واليمين كتب به إليه وإن كان لا يراه لم يكتب به.

فإن أراد القاضي في حكمه بالشاهد واليمين أن لا يذكره في كتابه، ويطلق الحكم بالبينة أو بثبوت الحق عنده جاز؛ لأنه يحكم باجتهاد نفسه ولا يحكم باجتهاد غيره.

فصل: في مكاتبة القاضي للأمير.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكِتَابُ القَاضِي إِلَى الخَلِيفَةِ وَالخَلِيفَةِ إِلَى القَاضِي وَالقَاضِي إِلَى الأَمِيرِ وَالأَمِيرِ إِلَى القَاضِي سَوَاءٌ لاَ يُقْبَلُ إِلاَّ كَمَا وَصَفْتُ مِنْ كِتَابِ القَاضِي إِلَى القَاضِي».

قال الماوردي: وهذا صحيح وجميع هذه الكتب إذا تعلقت بأحكام وحقوق لم تثبت إلا بالشهادة في التحمل والأداء.

وخالفنا بعض من وافقنا في كتب القضاة: أن كتب الخلفاء والأمراء إلى القضاة ومن القضاة إلى الأمراء تقبل بغير الشهادة في التحمل والأداء لأمرين:

أحدهما: هو فرق ما بينهما في العرف المستمر.

والثاني: صيانة السلطان فما يباشر غيره وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم تنفذ كتب القضاة في الأحكام إلا بالشهادة مع ظهورهم كان ذلك في كتب الخلفاء والأمراء مع احتجابهم أولى.

والثاني: أن القضاة فروع الخلفاء، وحكم الأصول إذا لم يكن أقوى من حكم الفروع لم يكن أضعف.

فأما كتبهم في الأوامر والنواهي والكتب إليهم في الأعمال والأموال فمقبولة، على ما جرت به العادة في أمثالها، مختومة مع الرسل الثقاة لأنها تكثر والتزوير فيها يظهر والهيئة فيها تمنع والاستدراك فيها ممكن فمن هذه الوجوه خالفت كتب القضاة في أحكام الرعايا.

فصل: كتب قاضي أهل البغي.

وإذا كتب قاضي أهل البغي إلى قاضي أهل العدل كتاباً في حكم بحق، نظر: كإن كان ممن لا تقبل شهادته لأنه يشهد لموافقه بقوله كالخطابية لم يقبل كتابه لأنه قد يحكم لموافقه بقوله.

وإن كان ممن تقبل شهادته، ففي قبول كتابه بالحكم قولان:

أحدهما: نص عليه الشافعي في كتاب (قتال أهل البغي)، أنه يجوز لقاضي أهل العدل أن يقبل كتاب قاضي أهل البغي، لأنه لما كانت أحكامهم ممضاة لا يرد منها إلا ما يرد من حكم قاضي أهل العدل، وجب أن تكون أحكام كتبهم كذلك.

والقول الثاني: قاله في القديم ليس لقاضي أهل العدل أن يقبل كتاب قاضي أهل البغي.

وقد قال في هذا الكتاب:

ويقبل كل كتاب لقاض عدل، فكان دليل هذا القول أن لا يقبل كتاب من ليس من أهل العدل.

وإنما لم يقبل كتابه وإن لم ننقض حكمه.

لأن الحكم لا ينقض إلا بعد العلم بفساده والكتاب لا يقبل إلا بعد العلم بصحته. فافترقا.

فصــل: في من تقبل كتبه من القضـاة.

ويقبل كتاب قاضي الرستاق والقرية كما يقبل كتاب قاضي المصر.

ومنع أبو حنيفة من قبول كتاب قاضي الرستاق والقرية وجعل قبول الكتب موقوفاً على قضاة الأمصار دون القرى، لأن قضاة الأمصار أحفظ لنظام الأحكام من قضاة الرساتيق والقرى.

وهذا ليس بصحيح على الإطلاق لأن لقبول كتب القضاة شروط إن وجدت في كتب قضاة القرى قبلت، وإن لم توجد في كتب قضاة الأمصار ردت.

وإذا كانت القرية قريبة من المصر ولم يشق على أهلها التحاكم إلى قاضي المصر كان هو القاضي بينهم.

وجروا منه مجرى أهل المصر فلم يجز لقاضي المصر أن يقبل منهم كتاب قاض إن كان لهم في حكم لازم من شهدوا بحكم عند قاضيهم ويقدر على الشهادة به عند قاضي المصر.

وإذا اتسع المصر وكان ذا جانبين كبغداد وكان لكل واحد من جانبيه قاض منفرد برياسته لم يقبل كتاب قاض أحد الجانبين إلى قاضي الجانب الآخر في ثبوت الشهادة.

وقبل في ثبوت الإقرار إن رجع المقر ولم يقبل إن لم يرجع. لأن ما أمكن الحكم فيه بالأصل لم يجز أن يحكم فيه بالفرع كالشهادة على الشهادة يحكم فيها بشهود الفرع مع تعذر شهود الأصل ولا يحكم بها مع إمكانهم والله أعلم بالصواب.

بَاب القَسَّام

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَيَنْبَغِي أَنْ يُعْطَى أَجْر القَسَّام مِنْ بَيْتِ المَالِ لأَنَّهُمْ حُكَّامٌ».

قال الماوردي: والأصل في الحكم بالقسمة قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُوْلُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ﴾ [النساء: ٨].

وقال رسول الله ﷺ: «إن الله تعالى لم يرض في قسمة الأموال بملك مقرب ولا بنبي مرسل حتى تولى قسمتها بنفسه»[١].

وقسم رسول الله ﷺ غنيمة بدر بشعب من شعاب الصفراء وقسم غنائم خيبر على ثمانية عشر سهماً وقسم غنائم حنين بأوطاس وقيل بالجعرانة.

واختصم إليه رجلان في مواريث تقادمت وتدارست فقال: اذهبا فاقتسماها واستهما وتحالا، وقد كان للخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسام وكان قاسم علي رضي الله عنه عبد الله بن يحيى يعطيه رزقه من بيت المال.

ولأن بالناس إلى قسمة المشترك حاجة فلم يجدوا بداً من قاسم ينصفهم في الحقوق وإذا كان كذلك فقد قال الشافعي: القسام حكام، وإنّما كانوا حكاماً لأمرين:

أحدهما: أنهم قد يوقعون القسمة جبراً كما يجبر الحكام في الأحكام.

والثاني: أنهم يستوفون الحقوق لأهلها كاستيفاء الحكام.

ولئن كانوا حكاماً لهذين الأمرين فإنهم يخالفون حكام الأحكام من وجهين:

أحدهما: أن حكم القسام مختص بالتحري في تمييز الحقوق وإقرارها وحكم الحكام مختص بالاجتهاد في أحكام الدين وإلزامها.

والثاني: استعداء الخصوم يكون إلى الحكام دون القسام لأن للحكام ولاية يستحقون بها إجابة المستعدي وليس للقسام ولاية ولا عدوى.

وإنما يقسمون بأمر الحكام لهم أو لتراضي الشركاء بهم فصارلوا في القسمة أعوان الحكام فلزم الحاكم أن يختار لنظره من القسام من تكاملت فيه شروط القسمة وهي ثلاثة:

أحدها: العدالة؛ لأنه حاكم مؤتمن فلا يجوز أن يكون عبداً ولا فاسقاً.

والثاني: قلة الطمع ونزاهة النفس حتى لا يرتشي فيما يلي ويجوز.

والثالث: علمه بالحساب والمساحة؛ لأنه مندوب لهما، وعامل بهما واعتبار هذين في القاسم كاعتبار العلم في الحاكم فإذا عرف تكامل هذه الشروط الثلاثة فيه عُين على اختياره وندبه للقسمة في عمله.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٦٣٠) والبيهقي ٤/ ١٧٤، ٧/ ٦ والطبراني في الكبير ٥/ ٣٠٣ والطحاوي في معاني الآثار ٢/ ١٧ والدارقطني ٢/ ١٣٧ وانظر الدر المنثور ٥/ ٨٣.

تعدد القسام.

فإن اكتفى عمله بقاسم واحد. وإلا اختار ممن يحتاج إليه العمل، من ثانٍ، وثالث ليغني المقتسمين عن اختيارُ القسام فقد يضعف كثير منهم عن الاجتهاد في اختيارهم.

أجرة القاسم.

وينبغي أن تكون أجور هؤلاء القسام من بيت المال؛ لأن علياً رزقهم منه، ولأنهم مندوبون للمصالح العامة فاقتضى أن تكون أجورهم من أموال المصالح.

فإن كثرت القسمة واتصلت فرضت أرزاقهم مشاهرة في بيت المال من سهم المصالح وإن قلت أعطوا منه أجرة كل قسمة.

فإن عدل المقسمون عنهم إلى قسمة من تراضوا به من غيرهم جاز، ولم يعترض عليهم، وجاز أن يكون من ارتضوه عبداً، أو فاسقاً، وكانت أجرته في أموالهم ولم تكن في بيت المال.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ لَمْ يَعْطُوا خُلِّيَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ مَنْ طَلَبَ القَسْمَ وَاسْتَأْجَرَهُمْ طَالِبُ القَسْمِ بِمَا شَاءَ قَلَّ أَوْ كَثُرَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا أعوزت أجور القسام من بيت المال، إما لعدمه فيه، وإما لحاجة المقاتلة إليه كانت أجورهم على المتقاسمين إن لم يجدوا متبرعاً.

ولا تمنع نيابتهم عن القضاة أن يعتاضوا على القسمة بخلاف القضاة الممنوعين من الاعتياض على الأحكام من الخصوم الوقوع الفرق بينهما وجهين:

أحدهما: إن في القضاء حقاً لله تعالى يمنع به القاضي من الاعتياض، والقسمة من حقوق الآدميين المحضة فجاز للقاسم الاعتياض عنها.

والثاني: أن للقاسم عملاً يباشر بنفسه فصار كصناع الأعمال في جواز الاعتياض عنها وخالف القضاة المقتصرين على الأوامر والنواهي التي لا يصح الاعتياض عنها.

وإنما يأخذ القاضي رزقه من بيت المال لانقطاعه إلى الحكم وليس بأخذه أجرة على الحكم كما نقوله في أرزاق الأئمة والمؤذنين.

فصل: فإذا تقرر أن أخذ الأجرة على القسمة جائز، وإن لم يجز أخذها عن الحكم فالكلام عنها يشتمل على فصلين:

أحدهما: عدد القسام.

والثاني: حكم الأجرة.

فأما عدد القسام فللقسمة حالتان:

أحدهما: أن يتراضى بها المقتسمون.

والثانية: أن يأمر بها الحكام.

فإن تراضوا بها حملوا في العدد على ما اتفقوا عليه من واحد أو اثنين كما حملوا فيه على اختيارهم للقاسم، وإن لم يكن مختاراً ولا يقبل الحاكم قول هذا القاسم؛ لأنه ليس بتائب عنه ولا يسمع شهادته؛ لأنه شاهد على فعله.

وإن أمر الحاكم بالقسمة وخرجت عن حكم الاختيار ففي القسمة تعديل وحكم والتعديل معتبر باثنين كالتقويم ولا يعول في التقويم إلا على قول مقومين والحكم فيه قول واحد كالحاكم.

فينظر في القسمة: فإن كان فيها تعديل وتقويم لم يجزىء فيها أقل من قاسمين.

وإن لم يكن فيها تعديل ولا تقويم فقد قال الشافعي في موضع أمر الحاكم الشركاء أن يجتمعوا على قاسمين، فظاهر هذا أنه لا يجزىء قاسم واحد.

وقال في غيره أن القاسم حاكم فظاهره أنه يجزىء قاسم واحد.

واختلف أصحابنا كما اختلفوا في الخرص فخرجه أكثرهم على قولين:

أحدهما: أنه يجزىء قاسم واحد، كما يجزىء كيال واحد، ووزان واحد.

والقول الثاني: لا يجزىء أقل من قاسمين، كما لا يجزىء أقل من مقومين، وكما لا يجزىء في جزاء الصيد أقل من مجتهدين ولا يمتنع إذا كان القاسم كالحاكم أن يجمع فيه بين اثنين كما قال تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ .

وقال آخرون من أصحابنا: ليس ذلك على قولين، وإنما هو على اختلاف حالين: وهو إن كان في الشركاء طفل، أو غائب، لا يجيب عن نفسه لم يجز أقل من قاسمين، وإن كانوا حضوراً يجيبون عن أنفسهم أجزأ قاسم واحد، ويقبل الحاكم قول القاسم ها هنا، لاستنابته له كما يقبل قول خلفائه فإن جازت بقاسم واحد قبل فيها قول الواحد، وإن لم تجز إلا بقاسمين لم يقبل قول الواحد وقبل قول الاثنين.

فصل: أجرة القسام.

وأما أجرة القسام فللمقتسمين فيها أربعة أحوال:

إحداها: أن يتفقوا فيها على أجرة معلومة، فليس له غيرها ولا عليهم أكثر منها.

والحال الثانية: أن يتفقوا على التطوع بالقسمة فلا أجرة للقاسم.

والحال الثالثة: أن يتفقوا على أجرة مجهولة، أو أجرة فاسدة، فتكون للقاسم أجرة مثله.

والحال الرابعة: أن لا يجري للأجرة ذكر، فلا يكون من المقتسمين بذل، ولا من القاسم طلب، فينظر في القسمة، فإن كان الحاكم قد أمر بها، وجب للقاسم أجرة مثله.

وإن كان المقتسمون قد دعوا إليها، ففي وجوب الأجرة ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الظاهر من مذهب الشافعي لا أجرة له؛ لأنه بذل عمله من غير شرط.

والوجه الثاني: وهو الظاهر من مذهب المزني، له الأجرة؛ لأنهم استهلكوا عمله من غير استحقاق.

والوجه الثالث: أن يعتبر حال القاسم، فإن جرت عادته بأخذ الأجرة استحقها وإن لم تجر عادته بأخذها لم يستحقها، لأن العرف في حقهما كالشرط.

فإذا وجبت الأجرة، وكان القاسم واحداً أخذها، إن كانا اثنين، فلهما في الأجرة ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يستحقا أجرة المثل، فيجب لكل واحد منهما أجرة مثله.

والحال الثانية: أن يكون لكل واحد منهما أجرة مسماة، فيختص كل واحد منهما بأجرته، قلت أو كثرت، سواء تساويا فيها أو تفاضلا.

والحال الثالثة: أن يسمى لهما أجرة واحدة فليس على المقتسمين غيرها.

وفي اقتسامهما بها وجهان:

أحدهما: يقتسمانها نصفين اعتباراً بالعدد.

والوجه الثاني: يقتسمانها على قدر أجور أمثالهما اعتباراً بالعمل.

هل أجرة القسام على عدد الرؤوس أو على عدد الأسهم؟.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ سَمُّوا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ فِي نَصِيبِهِ شَيْئاً مَعْلُوماً فَجَائِزٌ وَإِنْ سَمُّوهُ عَلَى الكُلِّ فَعَلَى قَدْرِ الأَنْصِبَاءِ».

قال الماوردي: وهو كما قال: إذا استأجر المقتسمون القاسم بأجرة مسماة فلهم فيها حالتان:

إحداهما: أن يستأجره كل واحد منهم في حقه خاصة دون شركائه، فهذا جائز ويختص كل واحد منهم في حقه بالتزام ما سمى، ولا فرق بين أن يتساووا فيه أو يتفاضلوا.

والحال الثانية: أن يجتمعوا على استئجاره بأجرة واحدة فهذا جائز وهو أولى، لتنتفي التهمة عنهم في التفضيل والممايلة وتكون الأجرة مقسطة بينهم عند الشافعي على قدر الأنصباء والسهام ولا يقسط على أعداد الرؤوس.

وقال أبو حنيفة: يقسط على أعداد رؤوسهم يستوي فيها من قل نصيبه وكثر.

وقال أبو يوسف ومحمد: القياس تقسيطها على الرؤوس والاستحسان تقسيطها على السهام.

واستدل من قسطها على العدد، بأن عمل القاسم في قليل السهم أكثر من عمله في كثيره؛ لأن الأرض إذا كانت بينهما نصفين قسمها نصفين وإذا كان لأحدهما سدسها، وللآخر باقيها قسمها أسداساً فكان في حق القليل أكثر عملاً فاقتضى إذا لم يزد أن لا ينقص.

وهذا فاسد من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن مؤن المال المشترك يجب تقسيطها على قدر الملك دون الملاك كنفقات البهائم.

والثاني: أنه قد يقل سهم أحد الشريكين حتى يكون سهماً من مائة سهم؛ فلو التزم نصف الأجرة لجاز أن تستوعب قيمة ملكه فتؤدي إجازة ملكه بالقسمة إلى إزالة ملكه بها وهذا مدفوع في المعقول.

والثالث: أنه لما كان ثمن الملك لو بيع مقسطاً بينهم على السهام، اقتضى أن تتقسط أجرة قسمه على السهام.

واستدلالهم بأن عمل القاسم في قليل السهم أكثر، ففاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لو كان أكثر لوجب أن يكون ما يلزمه أكثر.

والثاني: أنه خطأ؛ لأنه قد يكون لصاحب السدس سهم ولصاحب الباقي خمسة أسهم وعمله في الخمسة أسهم أكثر من عمله في السهم الواحد؛ لأنه يحتاج أن يذرع الجميع فيعرف مساحته.

وقولهم أن كثرة العمل لقلة سهم الآخر خطأ بل هو لكثرة سهم شريكه فبطل الاستدلال.

فصل: [حكم القسمة إذا كان بين المقتسمين صغير أو مجنون].

فإن كان في الشركاء المقتسمين مولى عليه بجنون أو صغر فإن كان ينتفع بقسمة سهمه ألزم من أجرة القسمة بقسطه.

وإن كان يستضر بها ولا ينتفع بقسمتها ولم يمكن المنع منها لانتفاع باقي الشركاء بها فقد قال الشافعي: في نفسي من أن أحمل عليه شيئاً وهو ممن لا رضى له شيء.

فاختلف أصحابنا: هل أشار بذلك إلى القسمة أو الأجرة؟.

فقال بعضهم: إنما أشار به إلى أصل القسمة فخرجوا القسمة لاحتمال هذا الكلام على وجهين:

أحدهما: يمنع منها.

والثاني: يجيب إليها.

وقال آخرون: إنما أشار به إلى أجرة القسمة، فأما القسمة فليس للحاكم أن يمنعهم منها في حق الصغير، وهو يجبر عليها في حق الكبير؛ لأن الصغير لا يمنع من الحقوق وجعلوا احتمال هذا الكلام محمولاً على الأجرة وخرجوا في إلزامه أجرة القسمة وجهين:

أحدهما: يلزمه الحاكم قسطه منها مع عدم حظه فيها كما يلزمه ما لاحظ له فيه من مؤونة وكلفة.

والوجه الثاني: أن الحاكم يقول لشركاء الصغير إن أردتم القسمة التزمتهم قسطه من الأجرة، ولم يوجب في ماله ما لاحظ له فيه.

[أنواع الأموال المشتركة].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا تَدَاعُوا إِلَى القَسْمِ وَأَبَى شُرَكَاؤُهُمْ فَإِنْ كَانَ يَنْتَفِعُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِمَا يَصِيرُ لَهُ مَقْسُوماً أَجْبَرْتُهُمْ عَلَى القَسْمِ فَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعِ البَاقُونَ بِمَا يَصِيرُ إِلَيْهِمْ فَأَقُولُ لِمَنْ كَرِهَ إِنْ شِئْتُمْ جَمَعْتُمْ حَقَّكُمْ فَكَانَتْ مُشَاعَةً بَيْنَكُمْ لِتَنْتَفِعُوا بِهَا».

قال الماوردي: اعلم أن الأموال المشتركة على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما تدخله قسمة الإجبار، وهو من الدور والأرضين ما تتساوى قيم كل موضع منه، وفي معناه ما تتساوى أجزاؤه من الحبوب والأدهان، فهذا يقسم بين الشركاء إجباراً إذا امتنع بعضهم واختياراً إذا رضي جميعهم.

والقسم الثاني: ما تدخله قسمة الاختيار ولا تدخله قسمة الإجبار وهو ما تختلف قيم كل موضع منه من الدور والأرضين وكالحمام والسفينة والسيف والثوب لنقصانهما بالقسمة فهذا يقسم بين الشركاء اختياراً، إذا رضي جميعهم، ولا يقسم بينهم إجباراً إذا امتنع بعضهم.

والقسم الثالث: ما لا تدخله قسمة الإجبار ولا تدخله قسمة الاختيار، وهو كل ما يتلف بالقسمة، كالجوهرة واللؤلؤة والعبد والدابة، فهذا يمنع الشركاء فيه من قسمه، وإن رضوا بها؛ لأنه اتلاف ملك في غير نفع فكان سفها يستحق به الحجر.

فصل: [امتناع بعض الشركاء من القسمة في ما تدخله قسمة الإجبار].

فأما ما تدخله قسمة الإجبار في الدور والأرضين إذا دعا بعض الشركاء إلى القسمة وامتنع بعضهم منها فهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن لا يستضر بالقسمة واحد منهم، وينتفع بما حازه مقسوماً، كانتفاعه به

مشتركاً، فيجاب طالب القسمة إليها، ويجبر الممتنع عليها لأمرين:

أحدهما: ليتصرف على اختياره.

والثاني: ليأمن اختلاط الأيدي وسوء المشاركة.

والقسم الثاني: أن يستضر كل واحد منهم بالقسمة، لضيق الأرض، وكثرة السهام، وذهاب منافعها، بافتراق الأجزاء وحصول منافعها باجتماعها، فتصير كقسمة ما لا يدخله الإجبار من البئر والحمام والرحى والسيف فلا تقسم بينهم جبراً لدخول الضرر على جميعهم.

ويكون القول في القسمة قول الممتنع منها وهو مذهب جمهور الفقهاء.

وقال مالك: القول فيها قول طالب القسمة ويجبر الممتنع عليها مع دخول الضرر على الطالب والمطلوب لينفرد بملكه ويده.

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار ومن ضار أضر الله ومن شاق شق الله عليـه».

وروي عنه عليه السلام أنه «نهى عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال».

ولأن ما عم الضرر بقسمه سقط عنه الإجبار على القسمة كالجوهرة.

والقسم الثالث: أن يستضر بالقسمة بعض الشركاء دون بعض.

فقد اختلف الفقهاء في حكم الإجبار عليها على مذاهب.

فقال مالك: يجبر عليها من امتنع منها.

وقال أبو ثور: لا يجبر.

وقال ابن أبي ليلى: يباع ويقسم الثمن بينهم.

وعلى مذهب الشافعي وأبي حنيفة إن كان طالب القسمة منتفعاً أجبر عليها الممتنع وإن استضر لما قدمناه من العلتين:

إحداها: كمال تصرفه على اختياره.

والثاني: انفراد يده من سوء المشاركة.

فأما إن كان طالب القسمة هو المستضر بها، والمطلوب هو المنتفع بها فقد اختلف أصحابنا في إجابة الطالب إليها، وإجبار المطلوب عليها، على وجهين:

أحدهما: يجبر على القسمة لانتفاء الضرر عن المطلوب.

والوجه الثاني: لا يجبر عليها لدخول الضرر على طالبها.

واختلف أصحابنا فيما يعتبر به دخول الضرر على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي حنيفة والظاهر من مذهب الشافعي: أنه نقصان المنفعة ولا اعتبار بنقصان القيمة.

والوجه الثاني: أنه يعتبر بكل واحد من نقصان المنفعة، أو نقصان القيمة.

وهو أشبه لأن في كل واحد منهما ضرراً.

فصل: [في كيفية التقسيم].

فإذا تقرر ما وصفنا مما يجوز أن يقسم بين الشركاء جبراً فكانت الأرض بين ستة قد تساوت سهامهم فيها، وطلب القسمة واحد منهم، وامتنع الباقون منها، قسمت أسداساً وأفرد لطالب القسمة سدسها وكان خمسة أسداسها مشتركاً بين الباقين.

فإن طلبها اثنان ليحوزا سهميهما مجتمعين قسمت أثلاثاً وأفرد لطالبي القسمة ثلثها مشتركاً بينهما، كان الثلثان مشتركاً بين الباقين.

وإن طلبها ثلاثة ليحوزوا سهامهم مجتمعين قسمت نصفين وأفرد أحد النصفين للثلاثة الطالبين للقسمة والنصف الآخر للثلاثة الممتنعين منها.

ثم على هذا الاعتبار فيما زاد ونقص واجتمع وافترق.

[كيفية القسمة].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يُحْصِيَ أَهْلَ القَسْمِ وَمَبْلَغَ حُقُوقِهِمْ فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ سُدُسٌ وَثُلُثٌ وَنِصْفٌ قَسَّمَهُ عَلَى أَقَلِّ السَّهْمَانِ وَهُوَ السُّدُسُ فِيهَا فَيَجْعَلَ لِصَاحِبِ السُّدُسِ سَهْماً وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمَيْنِ وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلاَثَةً ثُمَّ يُقَسِّمُ الدَّارَ عَلَى سِتَّةِ أَجْزَاءٍ ثُمَّ يَكْتُبُ أَسْمَاءَ أَهْلِ السَّهْمَانِ فِي رِقَاعِ قَرَاطِيسَ صِغَارٍ ثُمَّ يُدْرِجُهَا فِي بُنْدُقِ طِينٍ يَدُورُ وَإِذَا اسْتَوَتْ أَلْقَاهَا فِي حِجْرِ مَنْ لَمْ يَحْضُرِ البَنْدَقَةَ وَلاَ الكِتَابَ ثُمَّ سَمَّى السَّهْمَانَ أَوَّلاً وَثَانِياً وَثَالِثاً ثُمَّ قَالَ أَخْرِجْ عَلَى الأَوَّلِ بَنْدَقَةً وَاحِدَةً فَإِذَا أَخْرَجَهَا فَضَّهَا فَإِذَا خَرَجَ اسْمُ صَاحِبِهَا جَعَلَ لَهُ السَّهْمَ الأَوَّلَ فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ السُّدُسِ فَهُوَ لَهُ وَلاَ شَيْءَ لَهُ غَيْرَهُ وَإِنْ كَانَ صَاحِبَ الثُّلُثِ فَهُوَ لَهُ وَالسَّهْمُ الَّذِي يَلِيهِ وَإِنْ كَانَ صَاحِبَ النِّصْفِ فَهُوَ لَهُ وَالسَّهْمَانِ اللَّذَانِ يَلِيَانِهِ ثُمَّ قِيلَ لَهُ أَخْرِجْ بَنْدَقَةً عَلَى السَّهْمِ الَّذِي يَلِي مَا خَرَجَ فَإِذَا خَرَجَ فِيهَا اسْمُ رَجُلٍ فَهُوَ لَهُ كَمَا وَصَفْتُ حَتَّى تَنْفَذَ السَّهْمَانِ».

قال الماوردي: وهذا الذي وصفه الشافعي في القسمة يشتمل على فصلين:

أحدهما: عمل القسمة.

والثاني: صفة القرعة.

عمل القسمة.

فأما الفصل الأول: في عملها فهو أن يعرف القاسم قدر سهام الشركاء.

فإن تساوت قسم الأرض على عددهم.

وإن تفاضلت قسمها على أقل السهام لاشتمال الأكثر على الأقل.

فإذا قسمها على عددهم لتساوي سهامهم كثلاثة شركاء في أرض متساوية الأجزاء هي بينهم بالسوية أثلاثاً فيقسمها ثلاثة سهام معتدلة بالمساحة. فإن كانت ثلاثين جريباً جعل كل سهم منها عشرة أجربة ثم أقرع بينهم فيها.

وهو في القرعة بالخيار وبين أن يكتب الأسماء ويخرج على السهام وبين أن يكتب السهام ويخرج على الأسماء.

فإن كتب الأسماء وأخرج على السهام كتب أسماء الشركاء الثلاثة في رقاع ثلاث، في أحدها زيد، وفي الأخرى عمرو، وفي الثالثة بكر، ثم قال: اخرج على السهم الأول، فإن خرج اسم زيد أخذ السهم الأول، ثم قال اخرج على السهم الثاني، فإن خرج اسم عمرو أخذ السهم الثاني وصار السهم الثالث لبكر.

وإن كتب السهام وأخرج على الأسماء، كتب في أحد الرقاع السهم الأول، وفي أخرى السهم الثاني، وفي أخرى السهم الثالث، ثم قال أخرج لزيد، فإن خرج له السهم الأول أخذه، ثم قال أخرج لعمرو فإن خرج له السهم الثالث أخذه، وصار السهم الثاني لبكر.

ثم على هذا المثال فيما قل من العدد أو كثر.

فأما إن اختلفت سهام الشركاء، كثلاثة شركاء في أرض متساوية الأجزاء لأحدهم سدسها ولآخر ثلثها، ولآخر نصفها، فهذه يقسمها على أقل السهام، وهو السدس، فيجعل كل سهم من الأرض التي مساحتها ثلاثون جريباً خمسة أجربة هي سدسها.

ثم يقرع بينهم على وجه واحد. وهو أن يكتب الاسماء ويخرج على السهام فيقول اخرج على السهم الأول.

فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه وحده، وقال اخرج على السهم الثاني فإن خرج اسم صاحب الثلث أخذه والسهم الذي يليه، وهو الثالث، لأن له سهمين وملكه يجمع في القسمة ولا يفرق، وبقيت السهام الثلاثة لصاحب النصف، وهو الرابع والخامس والسادس. ولو خرج على السهم الأول صاحب النصف أخذه، واللذين يليانه وهما الثاني والثالث، لما يلزم من جمع ملكه في القسمة، ثم قال اخرج على

السهم الرابع، فإن خرج اسم صاحب الثلث أخذه والسهم الذي يليه، وهو الخامس، وبقي السهم السادس لصاحب السدس.

ثم على هذا المثال فيما قل من السهام وكثر.

فصـل: [صفة القرعة].

فصل: وأما صفة القرعة: فهو إن تؤخذ رقاع متساوية الأجزاء، ويكتب فيها ما قدمناه من الأسماء، إن أراد أن يخرج على السهام أو من السهام إن أراد أن يخرج على الأسماء، ثم يجعلها في بنادق من طين متساوية الوزن وتلس على مثال واحد، حتى لا تتميز واحدة منها على غيرها بأثر وتجفف ويستدعى لها من لم يحضر عملها، ولم يعلم بحالها، ولو كان صغيراً أو عبداً لا يفطن لحيلة كان أولى، وتوضع في حجره، وتغطي ثم يؤمر بإخراج ما أمر بإخراجه من اسم أو سهم.

فهذا أحوط ما يكون من القرعة، وأبعدها عن التهمة.

والأصل في القرعة: قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾ [آل عمران: ٤٤].

وقوله تعالى في يونس ﴿إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: ١٤٠].

فإن لم يحتط في القرعة بما وصفناه واقتصر على أن أقرع بينهم بحصى أو أقلام جاز.

قد حكى الواقدي أن رسول الله ﷺ «قسم غنائم بني قريظة على خمسة أجزاء وكتب على إحداها «لله» وكانت السهمان يومئذ نوى».

ولما صالح بني ابن أبي الحقيق بخيبر على الكتيبة والنطاة جزأهما خمسة أجزاء فكانت الكتيبة جزءاً فجعل خمس بعرات للسهام الخمسة وأعلم أحدها بما جعله لله وقال اللهم اجعل سهمك في الكتيبة فخرج سهم الله على الكتيبة.

لكن ما حضره رسول الله ﷺ من القرعة يكون أخف حالاً؛ لأنه من الحيف أبعد وللتهمة أنفى.

وإنما يلزم الاحتياط فيما تتوجه إليه التهمة، كذلك حكمها بعده إن كانت عند حاكم تنتفي عنه التهمة كان حكمها أخف.

وإن كانت بحيث تتوجه إليه التهمة كان حكمها أغلظ.

فصل: [لزوم القسمة]

فإذا تقررت هذه الجملة لم يخل حال القاسم من أن يكون قد ندبه الحاكم

للقسمة أو قد تراضى به الشركاء فيها.

فإن ندبه الحاكم لها تمت القسمة بينهم بالقرعة، واستقر ملك كل واحد منهم على ما خرج له بها، ولا خيار له؛ لأن قسمته بأمر الحاكم حكم منه بها، فنفذ ولم يقف على خيارهم.

وإن تراضى به الشركاء فيها ففيما تلزمه القسمة به وجهان مخرجان من اختلاف قول الشافعي في الخصمين وإذا تراضيا بحكم من لا ولاية له، ففي نفوذ حكمه عليها قولان:

فإن قيل: إن حكمه لازم لهما، ونافذ عليهما كالحاكم ثبتت القسمة بالقرعة كما لو أمر بها الحاكم.

وإن قيل: لا يلزمهما حكمه إلا بالتزامهما له بعد الحكم لم تتم القسمة بالقرعة إلا أن يتراضوا بها بعد القرعة.

[قسمة ما اختلفت أجزاؤه من الارض وقسمة التعديل والرد].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِذَا كَانَ فِي القَسْمِ ردٌّ لَمْ يَجُزْ حَتَّى يَعْلَمَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَوْضِعَ سَهْمِهِ وَمَا يَلْزَمُهُ وَيَسْقُطُ عَنْهُ وَإِذَا عَلِمَهُ كَمَا يَعْلَمُ البُيُوعَ الَّتِي تَجُوزُ أَجْزَتُهُ لَا بِالْقُرْعَةِ».

قال الماوردي: اعلم أن الأرض المشتركة ضربان:

أحدهما: أن تكون متساوية الأجزاء، وهي التي تدخلها قسمة الإجبار، وقد مضى حكمها، وذكرنا كيف تقسم.

والضرب الثاني: أن تكون مختلفة الأجزاء، فيكون بعضها عامراً، وبعضها خراباً، أو بعضها قوياً، وبعضها ضعيفاً، أو يكون في بعضها شجر وبناء، وليس في الباقي شجر ولا بناء أو يكون في بعضها شجر بلا بناء وفي الباقي بناء بلا شجر أو يكون على بعضها مسيل ماء، أو طريق «سابل»، وليس على الباقي طريق ولا مسيل، إلى ما جرى هذا المجرى من اختلاف أجزائها به.

فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يمكن تساوي الشريكين بالقسمة في جيده ورديئه، مثل أن يكون الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها، وإذا قسمت بينهما نصفين صار إلى كل واحد منهما من الجيد والرديء مثل ما صار لصاحبه من الجيد والرديء، فهذه تدخلها قسمة الإجبار، وتصير في القسمة كالمتساوية الأجزاء.

والضرب الثاني: أن لا يمكن تساويهما في الجيد والرديء لأن العمارة في أحد النصفين دون الآخر، أو لأن الشجر والبناء في أحد النصفين دون الآخر، فقسمة مثل هذا قد تكون على أحد أربعة أضرب:

أحدها: أن تقسم قسمة تعديل بالقيمة على زيادة الذرع: مثاله: أن تكون الأرض ثلاثين جريباً بين شريكين نصفين وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريباً من رديئها، فيقسم بينهما على فضل الذرع فيجعل أحد السهمين عشرة أجربة، لفضل جودته، والسهم الآخر عشرين جريباً، لنقص رداءته.

ففي دخول الإجبار في هذه القسمة قولان:

أحدهما: أنه لا إجبار فيها لتعذر التساوي في الذرع وتكون موقوفة على التراضي.

والقول الثاني: واختاره أبو حامد الإسفراييني: أنه تدخلها قسمة الإجبار لوجود التساوي في التعديل.

فعلى هذا فيما يستحقه القاسم من أجرته وجهان:

أحدهما: أنها على الشريكين نصفين، لتساويهما في أصل الملك.

والوجه الثاني: أن على صاحب العشرة الأجربة ثلثها، وعلى صاحب العشرين ثلثاها لتفاضلهما في المأخوذ بالقسمة.

والضرب الثاني: أن تقسم قسمة رد مع التساوي في الذرع، مثاله: أن يكون الشجر والبناء في جانب من الأرض، فيقسم الأرض بينهما نصفين بالسوية، ويجعل الشجر والبناء قيمة، فإن كانت قيمته ألف درهم، وجب على من صار له جانب الشجر والبناء خمسمائة درهم يدفعها إلى صاحبه.

فهذه القسمة، قسمة مراضاة، لا يدخلها الإجبار؛ لأن دخل الرد بالعوض يجعلها بيعاً محضاً، وليس في البيع إجبار.

ولهما في هذه القسمة أربعة أحوال:

أحدها: أن يتراضيا بهذه القسمة ويتفقا على من يأخذ الأعلى ويرد، ومن يأخذ الأدنى ويسترد، فقد تمت القسمة بينهما بالمراضاة بعد تلفظهما بالتراضي؛ لأن البيع لا يصح إلا باللفظ ويكون تلفظهما بالرضى جارياً مجرى البذل والقبول، ولهما خيار المجلس ما لم يفترقا وإن شرطا في حال الرضا خيار ثلاث كان لهما.

وقال مالك: إن كان الرد فيها قليلاً صحت، وإن كان كثيراً بطلت.

وهي عندنا مع قليل الرد وكثيره جائزة؛ لأنها معتبرة بالتراضي وجارية مجرى البيع.

والحال الثانية: أن يتنازعا في طلب الأعلى ويتزايدان أو يتنازعا في طلب الأدنى ويتناقصان، ثم يستقر الأمر بينهما بعد الزيادة والنقصان على من يأخذ الأعلى ويرد ومن يأخذ الأدنى ويسترد، فتتم هذه القسمة بينهما بالمراضاة، ويبطل بها ما تقدم من تقويم القاسم، بما استقر بينهما من الزيادة عليها أو النقصان فيها ثم الخيار على ما قدمناه.

والحال الثالثة: أن يتنازعا في طلب الأعلى، فيطلبه كل واحد من غير زيادة، أو يتنازعا في أخذ الأدنى، فيطلبه كل واحد منهما من غير نقصان، ولا يتراضيا فيه بالقرعة، فلا إجبار على واحد منهما ويقطع النزاع بينهما وتصير الأرض باقية بينهما على الشركة كالشيء الذي لا يدخله القسم.

والحال الرابعة: أن يتنازعا ويتراضيا بالقرعة.

ففي جواز الإقراع بينهما وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه بيع وليس في البيع إقراع.

والوجه الثاني: يجوز الإقراع بينهما تغليباً لحكم القسمة واعتباراً بالمراضاة.

فعلى هذا إن كان القاسم من قبل الحاكم، فلا خيار لهما بعد القرعة وإن كان القاسم من قبلهما ثبت لهما بعد القرعة خيار. وفيه وجهان:

أحدهما: أنه كخيار العيب معتبر بالفور.

والثاني: أنه خيار مجلس يعتبر بالافتراق.

والضرب الثالث: من ضروب القسمة أن تقسم الأرض بينهما نصفين بالسوية، ويكون ما فيها من الشجر والبناء على الشركة.

فإن تنازعا في هذا، ولم يتفقا عليه، لم يقع فيه إجبار وإن تراضيا به واتفقا عليه دخل في الأرض قسمة الإجبار ما كانا مقيمين على هذا الاتفاق وقسمت بينهما جبراً بالقرعة.

وإن رجع أحدهما عن الاتفاق زالت قسمة الإجبار وكانت موقوفة على التراضي.

والضرب الرابع: إن يقسم بياض الأرض بينهما بالسوية ويكون ما فيه الشجر والبناء بينهما على الشركة.

ففي حكم هذه الأرض إذا تميز بناؤها وشجرها عن بياضها وجهان:

أحدهما: أن حكمها حكم أرض واحدة لاتصالها فعلى هذا لا تدخلها قسمة الإجبار في بياضها لأنه لا يدخلها في شجرها ونباتها.

والوجه الثاني: أن حكم شجرها وبنائها متميز عن حكم بياضها فصارتا باختلاف الصفتين كالأرضين المفترقتين فتدخلها قسمة الإجبار في البياض كما لو انفرد ولا تدخلها قسمة الإجبار في الشجرة والبناء كما لو انفرد.

فصل: وإذا كانت الأرض مما تصح فيها قسمة التعديل وقسمة الرد، فدعا أحد الشريكين إلى قسمة التعديل ودعا الآخر إلى قسمة الرد فإن قلنا إن قسمة التعديل يدخلها الإجبار كان القول قول من دعا إليها وإن قلنا: إنه لا يدخلها الإجبار لم يترجح قول واحد منهما ووقفت على مراضاتهما بإحداهما من قسمة التعديل أو قسمة الرد.

وهكذا قسمة الدار المشتركة تكون على ما ذكرناه من الضروب الأربعة.

فإذا قسمت على إجبار أو تراضٍ وكان لكل واحد من السهمين طريق مفرد يختص به انقسمت القيمة عليه.

وإن لم يكن لواحد منهما طريق إلا أن يحاز من الملك ما يكون طريقاً لهما وجب أن يخرج من الملك قبل القسمة ما يكون طريقاً لهما وجب أن يخرج من الملك قبل القسمة ما يكون طريقاً لهما مشتركاً بينهما ثم يقسم بعده ما عداه.

وقد روى قتادة عن بشير بن كعب عن أبي هريرة قال «قضى رسول الله ﷺ إذا تنازع الناس في طرقهم جعلت سبعة أذرع».

وهذا يجوز أن يكون محمولاً على عرف المدينة فإن البلاد تختلف طرقها بحسب اختلافها فيما يدخل إليها ويخرج منها فقد يكفي في بعض البلاد ما هو أقل من هذا، وقد لا يكفي في بعضها إلا ما هو أكثر من هذا.

وهذا في الطرق العامة.

فأما في هذا الاستطراق الخاص بين هذين الشريكين فقد اختلف الفقهاء فيه إذا تنازعا في قدره.

فقال أبو حنيفة: تكون سعته بقدر ما تدخله الحمولة، ولا يضيق بها.

وعند الشافعي يكون معتبراً بما تدعو الحاجة إليه في الدخول والخروج، وما جرت العادة بحمل مثله إليها، ولا يعتبر بسعة الباب.

لأنهما قد يختلفان في سعة الباب، كما اختلفا في سعة الطريق.

ولأن طريق الباب في العرف أوسع من الباب.

قسمة العلو والسفل

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لأَحَدِهِمَا سُفْلاً وَلِلآخَرِ عُلْوَهُ إلاَّ أَنْ يَكُونَ سُفْلُهُ وَعُلْوُهُ لِوَاحِدٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كانت دار بين شريكين وطلب أحدهما أن يقسم بينهما، على أن يجعل السفل لأحدهما والعلو للآخر لم يقع في هذه القسمة إجبار؛ لأنهما شريكان في السفل والعلو، ومن ملك السفل ملك ما تحته من الأرض وما فوقه من الهواء، بدليل أن له أن يحفر في الأرض ما شاء ويبنى في الهواء ما شاء، وهذه القسمة تمنع صاحب السفل من حقه في الهواء، وتمنع صاحب العلو من حقه في الأرض، فبطل أن يكون في هذا قسمة إجبار.

فإن تراضى الشريكان بهذه القسمة، جازت بالتراضي.

وقد نص الشافعي عليه في كتاب الصلح وكانت هذه القسمة بيعاً.

فلو دعا أحدهما إلى قسمة السفل على انفراده وقسمة العلو على انفراده لم يقع فيه إجبار وقسم العلو مع السفل؛ لأنه تبع له، وقد يجوز إذا أفرد كل واحد منهما بالقسمة أن يحصل علو السفل الذي لأحدهما لغيره وسفل العلو الذي لأحدهما لغيره، فلذلك لم يجز إفراد قسمة كل واحد منهما جبراً إلا أن يتراضيا عليه فيجوز بتراضيهما.

قسمة الدور

فصل: وإذا كان بين الشريكين داران محوزتان فطلب أحد الشريكين القسمة على أن تكون كل واحدة من الدارين لأحدهما بالقرعة لم يقع فيه إجبار لأن كل دار منهما مشتركة بينهما فوجب أن يقسم كل واحدة بينهما.

فإن تراضيا بهذا لم تكن قسمة وكانت بيعاً محضاً يبيع كل واحد منهما حقه من إحدى الدارين بحق شريكه من الدر الأخرى.

فيكتب فيه كتاب ابتياع ولا يكتب فيه كتاب قسمة ويكون بيع مناقلة.

قسمة الأرض المزروعة

فصل: وإذا كان بين الشريكين أرض مزروعة فطلب أحدهما القسمة، فله ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يطلب قسمة الأرض ليكون فيها الزرع باقياً على الشركة، فيصح الإجبار في هذه القسمة على الأرض وحدها ولا يمنع منها ما في الأرض من الزرع،

بخلاف البناء والشجر؛ لأن الزرع مستودع فيها إلى مدة تكامله، والبناء والشجر مستدام.

والحال الثانية: أن يطلب قسمة الزرع وحده فلا إجبار فيه، لأن الزرع لا يمكن تعديله بينهما سواء كان ظاهراً أو باطناً.

فإن تراضيا وكان الزرع مما لا يدخله الربا لأنه بقل، أو قطن، أو كتان، جاز اقتسامهما به عن مراضاتهما.

وإن كان مما فيه الربا كالبر والشعير جاز إن كان فيصلاً ولم يجز إن كان بذراً أو سنبلاً مشتداً لدخول الربا فيه لجواز التفاضل.

والحال الثالثة: أن يطلب قسمة الأرض بما فيها من الزرع فينظر:

فإن كان الزرع فصيلاً صح فيها قسمة الاختيار على انفراده وتدخله قسمة الإجبار وكان الزرع تبعاً للأرض، كالبناء والشجر لا تدخله قسمة الإجبار على انفراده، وتدخله قسمة الإجبار إن كان مع الأرض تبعاً.

وإن كان الزرع بذراً أو حباً مشتداً يدخله الربا، فإن قيل إنّ القسمة بيع، لم يدخله الإجبار ولا قسمة التراضي خوف الربا، وإن قيل القسمة إفراز حق وتمييز نصيب صح فيه قسمة الإجبار وقسمة التراضي؛ لأن الزرع تبع للأرض.

[إذا ادعى أحد المقسمين غلطاً في القسمة].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا ادَّعَى بَعْضُهُمْ غَلَطاً كُلِّفَ البَيِّنَةَ فَإِنْ جَاءَ بِهَا رَدَّ القَسْمِ عَنْهُ».

قال الماوردي: إذا اقتسم الشركاء داراً أو أرضاً وحاز كل واحد منهم سهمه بالقسمة ثم ادعى أحدهم غلطاً جرى عليه في القسمة، فإن لم يذكر قدر الغلط بالذرع إن كانت قسمة إجبار أو تعديل أو بالوزن إن كانت قسمة رد لم تسمع دعواه لأن الدعوى المجهولة مردودة.

فإن ذكر قدر الغلط، سمعت دعواه، وأحضر شركاؤه.

فإن صدقوه على الغلط، نقض القسمة واستأنفها على الصحة وإن اكذبوه، فالقول قولهم؛ لأنها على ظاهر الصحة.

وله أحلافهم، لجواز ما ادعاه من الغلط.

فإن حلفوا جميعاً أمضيت القسمة، وإن نكلوا جميعاً ردّت اليمين عليه، ونقضت القسمة إن حلف.

وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم، ردّت عليه يمين الناكل، وبطلت القسمة في حقه إذا حلف. وأمضيت في حق من حلف.

فإن أراد مدعي الغلط عند تكذيبه أن يقيم البينة بالغلط نظر: فإن كانت قسمة مراضاة اتفق عليها الشركاء، لم تسمع بينته بالغلط؛ لأنه قد يجوز أن يكون قد رضي بأقل من حقه.

وإن كانت قسمة تفرد القاسم بها عن اجبار أو مراضاة باقتراع سمعت بينته بالغلط، وحكم بإبطال القسمة واستؤنفت على الصحة.

[تنازع الشريكين بعد القسمة بلا بينة]

فصل: وإذا تنازع الشريكان بعد القسمة في بيت من دار اقتسماها، فادعاه كل واحد منهما في سهمه، وعُدِما البينة تحالفاً عليه ونقضت القسمة بعد إيمانهما.

وقال مالك يكون القول فيه قول صاحب اليد مع يمينه.

وبناه على أصله في اختلاف المتبايعين أن القول فيه قول صاحب اليد وقد تقدم الكلام معه.

ولو وجد أحدهما بعد القسمة عيباً في سهمه، كان له الخيار في فسخ القسمة به، كما يكون له الخيار في فسخ البيع، والله أعلم.

[استحقاق المقسوم].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضَ المَقْسُومِ».

قال الماوردي: وصورتهما: في أرض أو دار اقتسمها شريكان فيها، ثم استحق بعضها ببينة، أو إقرار، فللقدر المستحق حالتان:

إحداهما: أن يكون معيناً في المقسوم، فإن كان واقعاً في أحد السهمين، بطلت به القسمة لأن لمن استحق ذلك في سهمه إن يرجع في سهم شريكه بحصته من مثله، فلم تفد القسمة ما قصد بها من الإحازة، فلذلك بطلت.

وإن كان المستحق واقعاً في السهمين معاً نظر فإن تفاضل المستحق في السهمين بطلت القسمة لما ذكرنا من استحقاق الراجع.

وإن تساوى المستحق في السهمين معاً لم تبطل به القسمة، وامضيت على حالها؛ لأنه لا تراجع بين الشريكين فيه

والحال الثانية: أن يكون المستحق مشاعاً في الجميع كاستحقاق ثلثها مشاعاً، فالقسمة باطلة في الثلث المستحق.

واختلف أصحابنا في بطلان القسمة فيما عداه:

فخرجه أبو علي بن أبي هريرة على قولين، من تفريق الصفقة في البيع.

وذهب أبو إسحاق المروزي، وجمهور أصحابنا، إلى بطلان القسمة في الجميع قولاً واحداً، سواء قيل إن القسمة بيع أو إفراز حق.

لأن القدر المستحق لشريك ثالث لم يقاسمهما، فصار كأرض بين ثلاثة غاب أحدهم، فاقتسمها الحاضران على أن تكون حصة الغائب مشاعة في سهم كل واحد منهما كانت القسمة باطلة في الجميع كذلك في السهم المستحق.

وإنما بطلت في الجميع؛ لأن السهم المستحق وسهم الغائب كان مشاعاً في ملك واحد يقدر على إحازته مجتمعاً بالقسمة فلم يجز أن يجعل في ملكين لا يقدر على جمعه بالقسمة.

[ظهور دين على الميت.]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «أَوْ لَحِقَ المَيِّتَ دَيْنٌ فَبِيعَ بَعْضُهَا انْتَقَضَ القَسْمُ وَيُقَالُ لَهُمْ فِي الدَّيْنِ وَالوَصِيَّةِ إِنْ تَطَوَّعْتُمْ أَنْ تُعْطُوا أَهْلَ الدَّيْنِ وَالوَصِيَّةِ أَنْفَذْنَا القَسْمَ بَيْنَكمْ وَإِلاَّ القَضَاءعَلَيْكُمْ».

قال الماوردي: وصورتها: في أرض أو دار اقتسمها وارثان، ثم ظهر على الميت دين ثبت بإقرار أو بينة فقد اختلف قول الشافعي في بيع الورثة لملك من التركة في حقوق أنفسهم قبل قضاء الدين على قولين:

أحدهما: أن البيع باطل؛ لأن التركة مرتهنة بالدين فلم يجز بيعها كالرهن.

والقول الثاني: أن البيع جائز لأن الدين لا يتعين استحقاقه من التركة لجواز قضائه من غيرها.

وخالف الرهن لتعلق الدين بالرهن عن اختيار، وتعلقه بالتركة من غير اختيار.

وفي بيع ما تعلق به حق عن غير اختيار، قولان كبيع العبد الجاني والمال إذا وجبت فيه الزكاة، كل ذلك على قولين، لوجوبه عن غير اختيار، وبطل في الرهن لوجوبه عن اختيار.

وإذا تقرر ما ذكرناه من هذا الأصل في بيع التركة كانت القسمة بناء عليه.

فإن قيل: إنها إفراز حق وتمييز نصيب صَحَّت القسمة.

وإن قيل: إنها بيع ففي بطلانها قولان كالبيع.

فإن قيل إن القسمة باطلة قضي الدين ثم استؤنفت القسمة بعد قضائه.

وإن قيل: إن القسمة جائزة قيل للورثة: إن قضيتم الدين أمضيت القسمة.

وإن لم يقضو ولم يوجد من التركة غير المقسوم، نقضت القسمة وبيع منه بقدر الدين ثم استؤنفت القسمة فيما بقي.

ولم يجز أن يباع من حصة كل واحد منهما بقدر حقه لاستيفاء القسمة؛ لأن فيه تفريقاً لصفقة المبيع وتفريق عينه.

ظهور وصية أوصى بها الميت

فصل: ولو ظهر بعد هذه القسمة وصية أوصى بها الميت لم يخل حالها من أربعة أقسام:

أحدها: أن تكون بسهم معين في الأرض المقسومة فيكون حكمها في القسمة كحكم ما استحق من السهم المعين.

والقسم الثاني: أن تكون الوصية بسهم شائع في الأرض المقسومة فيكون حكمها في القسمة كحكم المستحق لسهم شائع في الأرض المقسومة.

القسم الثالث: أن تكون الوصية بمال مطلق في التركة فيكون حكمها في القسمة كحكم الدين المستحق في التركة.

والقسم الرابع: أن تكون الوصية بمعين في التركة غير الدار المقسومة فالقسمة ماضية لتوجه الوصية إلى غيرها.

[قسمة الأجناس المختلفة.]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَيُقْسَمُ صِنفٌ مِنَ المَالِ مَعَ غَيْرِهِ وَلاَ عِنَبٌ مَعَ نَخْلٍ وَلاَ يَصِحُّ بَعْلٌ مَضْمُومٌ إِلَى عَيْنٍ وَلاَ عَيْنٌ مَضْمُومَةٌ إِلَى بَعْلٍ وَلاَ بَعْلٌ إِلَى نَخْلٍ يُشْرَبُ بِنَهْرٍ مأمُونِ الانْقِطَاعِ».

قال الماوردي: وهو على ما قال، إذا كان المال المشترك من ميراث أو خلطة أجناساً مختلفة، فهو ضربان: منقول، وغير منقول.

فأما المنقول: فكالحيوان والأمتعة والعروض فإذا اختلفت أجناسها فكان بعض المال حيواناً مختلف الأجناس كالإبل والبقر والغنم وبعضه متاعاً مختلف الأجناس كالعطر بعضه مسك وبعضه عنبر وبعضه كافور. كالحبوب بعضه حنطة وبعضه شعير وبعضه أرز وجب أن يقسم كل جنس بينهم على انفراده.

فإن دعا أحدهم إلى ضم الأجناس وأن يجعل كل جنس منها سهماً معدلاً، ليأخذ أحدهم الحنطة، والآخر الشعير، والآخر الإبل، والآخر الغنم، لم يجز أن يقع في هذه القسمة إجبار، إلا عن مراضاة، لأنهم شركاء في كل جنس. فكان لكل واحد منهم أن يستوفي حقه من ذلك الجنس، ولم يجز أن يجبر على إزالة ملكه عنه بغيره كالبيع الذي لا يدخله إجبار.

فإن تراضوا على ذلك جاز كالمراضاة على البيع.

فلو كانت الشركة في جنس واحد وهو أنواع فهو ضربان:

أحدهما: أن تختلف منافعها باختلاف أنواعها كالغنم التي بعضها ضأن وبعضها معزى فيكون اختلاف أنواعها كاختلاف أجناسها فيقسم كل نوع على انفراده كالأجناس المختلفة.

والضرب الثاني: ما لا تختلف منافع أنواعه كالحنطة التي بعضها عراقية وبعضها شامية فهو ضربان:

أحدهما: أن تختلف قيمة أنواعه، فيصير كل نوع كالجنس بقسم على انفراده، كالأجناس.

والضرب الثاني: أن تتماثل قيمة أنواعه، ولا تتفاضل ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يغلب حكم الجنس لتماثله فيجوز أن يقع الإجبار في إفراد كل واحد بنوع.

والوجه الثاني: أنه يغلب حكم النوع لامتيازه، فيقسم كل نوع على انفراده وهذا أشبه.

فصل: وأما غير المنقول فضربان: عقار وضياع.

فأما العقار المسكون فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا تدخله قسمة الإجبار إذا تميز وهو إن يكون بين شريكين داران فيدعو أحدهما إلى أن يجعل كل دار لأحدهما فلا إجبار في هذه القسمة سواء تماثلت أثمانها أو تفاضلت اتصلت أو تباعدت والإجبار إن تقسم كل دار بينهما.

فإن تراضى الشريكان على أن تكون إحدى الدارين لأحدهما والأخرى للآخر جاز وكانت هذه القسمة مناقلة تقف على الاختيار دون الإجبار وهي كالبيع المحض.

والقسم الثاني: ما تدخله قسمة الإجبار مع تمييزه، وهو أن تكون قرية ذات مساكن، بين شريكين، فيدعو أحدهما إلى أن يقسم جميع القرية، ويدعو الآخر إلى أن يقسم كل مسكن منها، فقسمة الإجبار واقعة على جميع القرية، فيقسم لكل واحد منها

نصفها، بما اشتمل عليه من مساكنه؛ لأن القرية حاوية لمساكنها كالدار الجامعة لبيوتها، ولا يجوز أن يقع الإجبار في قسمة الدار على بيت منها، كذلك القرية.

والقسم الثالث: ما اختلف فيه وهو أن تكون بينهما عضائد متصلة، أو دكاكين متضايقة ولكل واحد منها طريق ففي قسمة كل عضادة وكل دكان تضييق ففيه وجهان:

أحدهما: أن تكون كالدور المختلفة فلا تقع قسمة الإجبار فيها إلا في كل عضادة وكل دكان، لانفراد كل واحد بطريقه وسكناه.

والوجه الثاني: أنها تكون كالقرية، تقع قسمة الإجبار في جميعها نصفين، ولا يفرد كل واحد منهما بالقسمة إلا عن مراضاة واختيار وتصير كالدار ذات البيوت.

فصل: وأما الضياع المزروعة والمغروسة فتنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتصل بعضها ببعض، وتتماثل في الثمن والمنفعة والمؤنة، فيضم بعضها إلى بعض، وتقع قسمة الإجبار على جميعها كالضيعة الواحدة، كضياع القرية التي يتصل بعضها ببعض ولا يتميز شيء منها، وإن اختلفت أسماؤها.

والقسم الثاني: أن يفترق بعضها عن بعض ولا يتصل، فقسمة الإجبار واقعة على كل ضيعة منها، ولا يضم بعضها إلى بعض؛ لأن لكل ضيعة إذا انفردت حكمها.

والقسم الثالث: تتصل الضياع وتختلف إمّا في منفعة، فيكون بعضها شجراً وبعضها مزدرعاً أو يكون بعضها كرماً وبعضها نخلاً أو تختلف في مؤنة فيكون بعضها يشرب سيحاً من نهر أو عين وبعضها يشرب بنضح أو غرب أو تختلف في الثمن لنفاسة بعضها على بعض.

فقد اختلف الفقهاء في قسمة الإجبار فيها على ثلاثة مذاهب:

مذهب الشافعي منها إن قسمة الإجبار واقعة على كل ضيعة منها ولا يضم بعضها إلى بعض في القسمة.

وقال مالك: إذا اتصلت جمعت في قسمة الإجبار مع اختلافها.

وقال أبو يوسف ومحمد: إنْ تجانست جمعت، وإن اختلفت لم تجمع.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن أثمانها متباينة.

والثاني: أن منافعها مختلفة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَتُقْسَمُ الأَرْضُونَ وَالثِّيَابُ وَالطَّعَامُ وَكُلُّ مَا احْتَمَلَ القَسْمَ».

قال الماوردي: اعلم أن المقصود بالقسمة شيئان:

أحدهما: أن يمتنع بها من سواء المشركة.

والثاني: كمال التصرف الذي يمتنع باختلاف الأيدي، فصار المقصود بها دفع الضرر، فلم يجز أن يدخلها إجبار بدخول الضرر، وقد جاء في بعض الأخبار أن النبي ﷺ نهى عن قسمة الضرار[1] وليس بثابت عند أهل الحديث.

وقد ذكرنا أن الأموال المشتركة تنقسم ثلاثة أقسام قسم تدخله قسمة الإجبار، وقسم تدخله قسمة الاختيار، وقسم ينتفي عنه القسم جبراً أو اختياراً.

فمما يدخله القسم الضياع والعقار، فما لم يكن فيه تعديل ولا رد دخله قسمة الإجبار، ولا يمنع ما فيه من البناء والشجر من قسمة جبراً إذا تماثل وتقارب فإن تحقيق المماثلة فيه متعذر فلم يمتنع إن يكون تبعاً لما يتحقق تماثله من الأرض.

وأما ما فيه رد، فلا تدخله قسمة الإجبار، ويكون موقوفاً على قسمة الاختيار.

وأما ما فيه تعديل، ففي دخول قسمة الإجبار فيه قولان مضيا.

فأما قسمة ما كان منه وقفاً محرماً، فإن لم يختلط بملك لم تجز قسمته؛ لأن حقوق أهله مقصورة على منافعه وإن اختلط بملك، فإن قيل: إن القسمة إفراز حق، جاز قسمه جبراً.

وإن قيل: إن القسمة بيع ففي جواز قسمه قولان:

أحدهما: لا تجوز جبراً، ولا اختياراً، تغليباً للوقف.

والثاني: تجوز جبراً واختياراً، تغليباً للملك.

وأما القسم البناء والشجر دون أرضه فلا يجوز إجباراً ويجوز اختياراً.

قسم الحيوان .

فصل: وأما قسم الحيوان كالعبيد، والمواشي، فإن كان رأساً واحداً، لم تدخله القسمة إجباراً ولا اختياراً.

وإن كان عدداً، فإن تفاضلوا لم يقسموا إجباراً، وقسموا اختياراً.

وإن تماثلوا ففي قسمها إجباراً وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وبه قال أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي، يقسم إجباراً لتماثلها.

(١) أخرجه البيهقي ١٠/ ١٣٤.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن خيران أنها لا تقسم إجباراً وتقسم اختياراً لأنها مضمونة بالقيمة دون المثل.

وأصل ذلك، حديث عمران بن الحصين: أن رجلاً أعتق ستة مملوكين، لا مال له غيرهم، فجزأهم رسول الله ﷺ ثلاثة أجزاء فاعتق اثنين وأرق أربعة فجعله أبو العباس بن سريج دليلاً على قسمة الإجبار، وحمله ابن خيران على جوازه في العتق لاختصاصه بالحرية.

وقد أجاز الشافعي قسمة الكلاب مع الغنم كما أجاز الوصية بها.

فمن أصحابنا من أجاز قسمها إجباراً وجهاً واحداً للنص عليه وأنها لخروجها عن القيمة تجري مجرى ذوات الأمثال.

ومنهم من خرج إجازة قسمها على الوجهين وجعل هذا النص دليلاً على أنه أصحهما.

وعلى قياس الحيوان يكون قسم الآلات من الخشب، كالأواني، والأبواب، والأساطين، وإن اختلفت وتفاضلت قسمت اختياراً ولم تقسم إجباراً، وإن تماثلت ففي قسمها إجباراً وجهان كما ذكرنا في الحيوان.

وعلى هذا يكون قسم الثياب إن اختلفت وتفاضلت قسمت اختياراً ولم تقسم إجباراً، وإن تماثلت ففي قسمها إجباراً وجهان.

فأما قسم الثوب الواحد فإن اختلف لاختلاف نقوشه وألوانه قسم اختياراً ولم يقسم إجباراً.

وإن تماثل ولم يختلف نظر، فإن نقصت قيمته بقسمه لم يقسم إجباراً ، وقسم اختياراً، وإن لم تنقص قيمته، ففي قسمه إجباراً وجهان.

فإن قيل: فهل تكون قسمة الإجبار في الحمامين المتماثلين بين الشريكين على قياس ما ذكرتموه في قسمة الحيوان والثياب.

قيل: قد كان بعض أصحابنا يخرج إجبار قسمها بين الشريكين على وجهين، كالحيوان، والثياب، ويفرق بين قسم الدارين ، حيث لم يقع في إفرادها إجبار، ووقع في قسم الحمامين إجبار إن كل واحدة من الدارين يمكن أن تقسم إجباراً، فلم يقع في إفرادهما إجبار، والحمام الواحد لا يقع في قسمه إجبار، فجاز أن يقع في إفرادهما بالقسمة إذا اجتمعا إجبار.

وقال أبو العباس بن سريج: لا يقع في قسم الحمامين إجبار، كما لم يقع في

قسم الواحد إجبار وفرق بين الحمامين والحيوان، إن بناء الحمام منع من قسم أرضه، والحيوان أهل في نفسه.

قسم الطعام وغيره

فصل: وأما قسم الطعام: فكل مطعوم طعام، وفي المطعوم ربا، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون مما يجوز بيع بعضه ببعض، كالحنطة والشعير فيجوز قسمه إجبارا واختياراً.

فإن قيل: إن القسمة إفراز حق جاز قسمه كيلاً ووزناً، وجاز أن يفترقا فيه قبل التقابض.

وإن قيل: إن القسمة بيع، وجب قسمه كيلاً، ولم يجز قسمه وزناً؛ لأن أصله الكيل، ووجب إن تقابضا قبل الافتراق.

وتدخل القرعة في قسمه إجباراً، ولا تدخل في قسمه اختياراً.

وإن كان مما لا يجوز بيع بعضه ببعض، كرطب، والعنب ، والفواكه الرطبة، فإن قيل إن القسمة إفراز حق جاز قسمه إجباراً واختياراً بكيل أو وزن.

وفي جواز قسمه بالخرص في نخله وشجره، قولان:

أحدهما: جوازه.

والثاني: بطلانه.

وأصح من إطلاق هذين القولين أن يمنع منه بالخرص في قسمة الإجبار، لأن المقصود بها التحقيق المعدوم في الخرص، ويجاز بالخرص في قسمة الاختيار لأنها محمولة على التراضي، هذا إذا قيل إن القسمة إفراز حق.

فأما إن قيل إن القسمة بيع، لم تجز قسمة الثمار الرطبة كما لم يجز بيعها، فلا يدخلها قسم الإجبار ولا قسم الاختيار.

وأما قسم الدراهم والدنانير، فيجوز إجباراً واختياراً.

وهل يعتبر في قسمها تقابضهما قبل الافتراق على قولين:

أحدهما: لا يعتبر إن قيل إن القسمة إفراز حق.

والثاني: يعتبر إذا قيل إنها بيع.

فأما قسمة الحديد والنحاس فإنْ كان غير مصنوع جاز قسمه إجباراً واختياراً ولم يعتبر فيه التقابض قبل الافتراق.

وإن كان مصنوعاً أواني أو سيوفاً فإن اختلفت وتفاضلت قسمت اختياراً ولم تقسم إجباراً.

وإن تشابهت وتماثلت ففي قسمها إجباراً وجهان كالحيوان والثياب.

وأما قسمة الدين فلا يخلو أن يكون على غريم واحد أو على غرماء.

فإن كان على غريم واحد فقسمتُهُ فسخ الشركة فيه.

فإذا فسخت انقسم الدين في ذمة الغريم وصار لكل واحد من الشركاء قدر حقه منه، ويجوز أن ينفرد باقتضائه وقبضه.

ولو كانت الشركة باقية على حالها لم تفسخ لم يجز لأحـد الشركاء فيه أن ينفرد باقتضائه وقبضه منه، وكان ما قبضه مشتركاً بينهم أن قبضه عن غير إذنهم.

وإن أذنوا له في قبض حقه منه جاز، وكان إذنهم له في قبض حقه فسخاً لشركته.

ولا وجه لمن خرجه على قولين، كالمكاتب إذا أدى إلى أحد الشريكين مال كتابته بإذن شريكه، أنه على قولين، لوقوع الفرق بينهما، بثبوت الحجر على المكاتب، وعدمه في الغريم.

وإن كان الدين على جماعة غرماء، فيختص كل واحد من الشريكين بما على كل واحد من الغرماء، لم يجز قسم ذلك إجباراً، لأن الغرماء قد يتفاضلون في الذمم واليسار.

وفي جواز قسمه اختياراً قولان:

أحدهما: يجوز، إذا قيل إن القسمة إفراز حق.

والثاني: لا يجوز إذا قيل إن القسمة بيع.

ووجه صحتها على هذا القول، أن يحيل كل واحد منهم لأصحابه بحقه على الغريم الذي لم يختره، ويحيلوه بحقوقهم على الغريم الذي اختاره، فيتعين ذلك بالحوالة دون القسمة.

[إبراز أصل الحق قبل القسمة].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا طَلَبُوا أَنْ يُقْسَمَ دَاراً فِي أَيْدِيهِمْ قُلْتُ ثَبِّتُوا عَلَى أُصُولِ حُقُوقِكُمْ لأَنِّي لَوْ قَسَمْتُهَا بِقَوْلِكُمْ ثُمَّ رُفِعَتْ إِلَى حَاكِمٍ كَانَ شَبِيهاً أَنْ

يَجْعَلَهَا لَكُمْ وَلَعَلَّهَا لِغَيْرِكُمْ وَقَدْ قِيلَ يُقْسَمُ وَيَشْهَدُ أَنَّهُ قَسَّمَهَا عَلَى إِقْرَارِهِمْ وَلاَ يُعْجِبُنِي لِمَا وَصَفْتُ».

قال الماوردي: إذا كانت داروهي يدي رجلين، ترافعا فيها إلى الحاكم ليقسمها بينهما فلهما فيها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينازعهما فيها غيرهما، فلا يجوز للحاكم إذا حكم بها لهما بأيديهما أن يقسمها بينهما، مع ظهور المنازع إلا ببينة تشهد بها لهما وهذا مما لا يختلف فيه قوله، لأن قسمة الحاكم إثبات لملكها، واليد توجب إثبات التصرف، ولا توجب إثبات الملك.

والحال الثانية: أن يتنازعاها وهي في أيديهما، ويدعيها كل واحد منهما ملكاً، فيجعلها الحاكم بينهما بأيديهما وإيمانهما فلا يجوز أن يقسمها بينهما إن سألاه قسمها؛ لأن في تنازعهما إقراراً بسقوط القسمة، فإن تقاسماها بأنفسهما لم يمنعهما.

والحال الثالثة: أن لا يكون لهما فيها منازع، وهما معترفان بالشركة، ويتنازعان في القسمة، فإذا سألا الحاكم قسمها بينهما، كلفهما البينة على ملكهما لها، فإن أقاماها قسمها بينهما إجباراً أو اختياراً، وهو غاية ما يستظهر به الحاكم في إثبات الأملاك.

وهكذا لو ظهر لهما منازع فأقاما البينة على ملكهما لها، حكم لهما، بالملك، وأوقع بينهما القسمة وبطل قول المنازع بالبين، لأن الملك لا يبطل بالنزاع.

وإن عدما البينة، وتفردا باليد، وعدم المنازع وسألاه القسمة، فقد نص الشافعي فيها على مذهبه أنه لا يجوز أن يقسمهما بينهما مع عدم البينة ويقول لهما: إن شئتما فاقتسماها بينكما، باختياركما، ولا أحكم بقسهما بينكما لجواز أن تكون لغيركما، فتجعلا حكمي بالقسمة حجة لكما في الملك، ودفع من لعله أحق منكما به.

فإن أقاما البينة بابتياعهما الدار، لم تكن بينة بالملك، لأن يد البائع فيها كأيديهما.

وهكذا لو أقاما البينة أنها صارت إليهما عن أبيهما ميراثاً لم تكن بينة بالملك لأن يد الأب فيها كأيديهما.

وسواء كان هذا الملك مما ينقل ويحول، كالعروض والسلع، أو مما لا ينقل ولا يحول كالضياع والعقار.

ثم حكى الشافعي بعد ذكره لمذهبه قولاً لغيره: أن الحاكم يقسمها بينهما ويذكر

في القسمة أنه قسمها بينهما بإقرارهما، ليستظهر بذلك مما يخافه من ظهور منازع فيها، وسواء كان هذا مما ينقل أو لا ينقل وهذا مذهب أبي يوسف ومحمد.

فاختلف أصحابنا في تخريج هذا المذهب قولاً ثانياً للشافعي.

فذهب بعضهم إلى إبطال تخريجه قولاً ثانياً، لأن الشافعي قد صرح بإبطاله فقال: ولا يعجبني ذلك لما وصفنا فلم يجز مع هذا الرد أن يجعل قولاً له.

وذهب الأكثرون منهم إلى تخريجه قولاً ثانياً، لأن هذا التعليل ترجيح للأول وليس بإبطال للثاني، فيكون له في قسمها بينهما من غير بينة قولان:

أحدهما: لا يقسمها وهو الأظهر تعليلاً بما قدمناه.

والقول الثاني: يقسمها ويستظهر بما وصفناه.

فإذا قسمها على هذا القول استظهر بأمرين:

أحدهما: أن ينادي هل من منازع؟ ليستدل بعدمه على ظاهر الملك.

والثاني: أن يحلفهما أن لا حق فيها لغيرهما.

وفي هذه اليمين وجهان:

أحدهما: أنها استظهار فإن قسمها من غير أحلافهما جاز.

والثاني: أنها واجبة.

فإن قسمها من غير إحلافهما لم يجز.

فأما أبو حنيفة، فإنه خالف بتفصيله مطلق القولين، فقال: فيما ينقل من العروض والسلع أنه يقسمه بينهما بغير بينة، وفيما لا ينقل من الضياع والعقار إن ادعياه ميراثاً لم يقسم إلا ببينة تشهد بالميراث، وإن ادعياه بابتياع أو غيره قسمه بغير بينة تشهد بالابتياع.

وقد ذكرنا أنه ليس البينة بالميراث والابتياع بينة بالملك وإنما هي بينة بسبب دخول اليد، فلم يكن لهذا الفرق وجه والله أعلم بالصواب.

بَابُ مَا عَلَى القَاضِيَ فِي الخُصُومِ وَالشُّهُودِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُنْصِفَ الخَصْمَيْنِ فِي المَدْخَلِ عَلَيْهِ لِلْحُكْمِ وَالاسْتِمَاعِ وَالإِنْصَاتِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّى تَنْفُذَ حُجَّتُهُ وَلاَ يَنْهَرهُمَا».

قال الماوردي: اعلم أن القضاة زعماء العدل والإنصات ندبوا لأن يتناصف بهم الناس، فكان أولى أن يكونوا أنصف الناس.

قال الله تعالى: ﴿يَا دَاودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [الآية: ٢٦].

وقال تعالى: ﴿وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنْ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِنَ اللَّهِ﴾ [قصص: ٥٠].

وروي عطاء بن يسار عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال: «من ابتلى بالقضاء بين الناس بالمسلمين فليعدل بينهم في لحظه، وإشارته، ومقعده، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين، ما لا يرفع على الآخر».

وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري، في عهده على قضاء البصر: «آس بين الناس، في وجهك، ومجلسك، وعدلك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك».

آداب القضاة.

وللقضاءة آداب تزيد بها هيبتهم، وتقوى بها رهبتهم، والهيبة والرهبة في القضاة من قواعد نظرهم لتقود الخصوم إلى التناصف وتكفهم عن التجاحد.

وآدابهم، بعد ما قدمنا من الشروط المعتبرة في صحة ولاياتهم، تشتمل على ثلاثة أقسام:

أحدها: آدابهم في أنفسهم: وهو معتبر بحال القاضي، فإن كان موسوماً بالزهد والتواضع والخشوع، كان أبلغ في هيبته، وأزيد في رهبته.

وإن كان ممازجاً لأبناء الدنيا، تميز عنهم بما يزيد في هيبته، من لباس لا يشاركه غيره فيه، ومجلس لا يساويه غيره فيه وسمت يزيد على غيره فيه.

ملبس القضاة.

فأما اللباس فينبغي أن يختص بأنظفها ملبساً، ويخص يوم نظره بأفخر لباسه

جنساً، ويستكمل ما جرت به العادة بلبسه، من العمامة والطيلسان وإن يتميز بما جرت به عادة القضاة، من القلانس والعمائم السود، والطيالسة السود، فقد اعتم رسول الله ﷺ، يوم دخول مكة، عام الفتح، بعمامة سوداء تميز بها عن غيره ويكون نظيف الجسد، يأخذ شعره وتقليم ظفره، وإزالة الرائحة المكروهة من بدنه، ويستعمل من الطيب ما يخفي لونه، وتظهر رائحته، إلا أن يكون في يوم ينظر فيه بين النساء، فلا يستعمل من الطيب ما نَـمَّ.

مجلس القاضي:

وأما مجلسه في الحكم فيبغي أن يكون فسيحاً لا يضيق بالخصوم ولا يسرع فيه الملل ويفترش بساطاً، لا يزري، ولا يطغى، ويختص فيه بمقعد ووسادة، لا يشاركه غيره فيهما. وليكن جلوسه في صدر مجلسه، ليعرفه الداخل عليه ببديهة النظر، ولو كان مستقبلاً فيه القبلة كان أفضل.

ويفتتح مجلسه بركعتين، يدعو بعدهما بالتوفيق، والتسديد، ثم يطمئن في جلوسه متربعاً مستنداً أو غير مستند.

سمت القاضي.

وأما سمته: فينبغي أن يكون في مجلس الحكم غاض الطرف، كثير الصمت، قليل الكلام، يقتصر من كلامه على سؤال أو جواب، ولا يرفع بكلامه صوتاً، إلا لزجر وتأديبٍ، وليقلل الحركة والإشارة، وليقف من أعوانه بين يديه من يستدعي الخصوم إليه، ويرتب مقاعد الناس في مجلسه، ويكون مهيباً مأموناً لينصان به مجلسه، وتكمل به هيبته.

يوم جلوسه للحكم.

ويجعل يوم جلوسه للحكم العام معروف الزمان، والمكان، وأول النهار أولى به من آخره.

والاعتدال أن يكون له في كل أسبوع يومان إن أقنعا، ولا يخل يوم في كل أسبوع.

فإن وردت فيما عداه أحكام خاصة لم يؤخرها، إن ضرت وكان فيها بين إن يستخلف من ينوب عنه في النظر، وبين أن ينظر فيها بنفسه، بعد أن يستكمل الراحة والدعة لئلا يسرع إليه ملل ولا ضجر.

فصل: والقسم الثاني آداب القضاة مع الشهود: فمن آدابهم معهم، إذا تميزوا وارتسموا بالشهادة، أن يكون مقعدهم في مجلسه متميزاً عن غيرهم بالصيانة، ولا يساويه واحد منهم في مقعده، ولا فيما تخصص به من سواده، وقلنسوته، ليتميز للخصوم القاضي من شهوده.

وينبغي أن يختص الشهود في ملابسهم بما يتميزون به عن غيرهم ليتميزوا لمن يشهدهم ويستشهدهم، كما تميز القاضي عنهم.

ويسلموا على القاضي بلفظ الرياسة عليهم، ويرد عليهم القاضي مجيباً، أو مبتدئاً، على تماثل وتفاضل.

ويقدم بعضهم على بعض في المجلس، والخطاب، بحسب ما يتميزون به من علم أو فضل، بخلاف الخصوم، الذي تلزمه التسوية بين جميعهم، وإن تفاضلوا.

فإن حضروه في غير مجلس الحكم، جلسوا في مقاعدهم المعروفة في مجلسه، ورتبهم فيه على اختياره، وقطع تنافسهم فيه، فإن التنافس موهن للعدالة.

فإن تنافسوا في التقدم في أداء الشهادة كان قدحاً في عدالتهم كالتمانع في أدائها.

وإن تنافسوا في التقدم في الجلوس لم يقدح في عدالتهم، ما لم يتنابذوا.

ويجوز في غير مجلس الحكم أن يحادثهم القاضي ويحادثوه، ويؤانسهم ويؤانسوه بما لا تنخرق به الحشمة، ولا تزول معه الصيانة.

فأما حضورهم في مجلس الحكم فعليه وعليهم من التحفظ والانقباض فيه أكثر مما عليهم في غيره.

فإن أحب القاضي أن يفردهم عن مجلسه، في موضع معتزل ليستدعوا منه لإقامة الشهادة كان أولى، وكانوا منه بمنظر ومسمع وخص منهم شاهدين بمجلسه ليشهدا ما يجري من الدعاوى والأحكام.

وإن أحضرهم جميعاً في مجلسه جاز، وكانت ميمنة مجلسه أولى بهم من ميسرته، فإن افترقوا في الميمنة والميسرة جاز وإن كان اجتماعهم أولى.

ويكون جلوس الكاتب في مجلسه بحيث يواجه القاضي، ويشاهد الخصوم، ويجمع بين سماع كلامه وكلامهم وجلوسه في الميسرة أولى به من الميمنة، لأن حاجة القاضي في الإقبال عليه أكثر منها مع الشهود، وإقباله على ميسرته أسهل عليه من إقباله على ميمنته.

وينبغي للقاضي أن يكف عن محادثة الشهود، ويكفوا عن محادثته، ويكون كلام القاضي لهم مقصوراً على الإذن في الشهادة، وكلامهم له مقصوراً على أداء الشهادة ويغضوا عنه أبصارهم.

ولا يلقنهم شهادة، ولا يتعنتهم فيها، ولا يسألهم عن سبب تحملها.

فإن أخبروه بسبب التحمل كان أولى إن تعلق به فضل بيان وزيادة استظهار،

وكان تركه أولى إن لم يفد، ولا ينبغي للقاضي أن يستدعيهم للشهادة، ولا ينبغي لهم أن يبدأوا بها إلا بعد استدعائهم لها.

والذي يجب فيه أن يستأذن المشهود له القاضي في إحضاء شهوده.

فإذا أذن له أحضرهم، وقال لهم القاضي بم تشهدون؟ على وجه الاستفهام، ولم يقل لهم اشهدوا، فيكون أمراً.

ويكون القاضي فيه بالخيار بين أن يقول ذلك للشاهدين فيتقدم من شاء منهما بالشهادة، ولا يحتاج الثاني إلى إذن بعد الأول، وبين أن يقول ذلك لأحدهما فيبدأ بالشهادة، ولا يكون للآخر أن يشهد إلا بعد إذن آخر.

ولو بدأ الأول فاستوفى الشهادة، وقال الثاني: أشهد بمثل ما شهد به، لم تصح شهادته، حتى يستوفيها لفظاً كالأول، لأنه موضع أداء وليس موضع حكاية.

فصل: والقسم الثالث آداب القضاة مع الخصوم أن يبدأ بالنظر بين من سبق من الخصوم، ولا يقدم مسبوقاً إلا باختيار السابق، ويجمع بين الخصمين في دخولهما عليه، ولا يستدعي أحدهما قبل صاحبه، فتظهر به ممايلة المتقدم، وتضعف فيه نفس المتأخر، بل يسوي في المدخل بين الشريف والمشروف، والحر والعبد، والكافر والمسلم.ـ

فإذا دخلا عليه سوى بينهما، في لحظه ولفظه إن أقبل كان إقباله عليهما، وإن أعرض كان إعراضه عنهما، ولا يجوز أن يقبل على أحدهما، ويعرض على الآخر، وإن تكلم كان كلامه لهما، وإن أمسك كان إمساكه عنهما، ولا يجوز أن يكلم أحدهما ويمسك عن الآخر، وإن اختلفا في الدين والحرية لئلا يصير ممايلاً لأحدهما.

ولا يسمع الدعوى منهما وهما قائمان، حتى يجلسا بين يديه، تجاه وجهه، روى عبد الله بن الزبير قال: «قضى رسول الله ﷺ أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي»[1].

وينبغي أن يكون مجلس الخصوم عند القاضي أبعد من مجالس غيرهم، ليتميز به الخصوم من غيرهم.

ويسوي في المجلس بين الشريف والمشروف، وبين الحر والعبد، كما سوى بينهما في الدخول.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٨٨) والبيهقي ١٠/١٣٥ والحاكم ٤/٩٤ وأحمد ٤١٤ وانظر التلخيص ٤/١٩٣.

وفي التسوية بين المسلم والكافر في المجلس وجهان:

أحدهما: يسوي بينهما فيه، كما سوى بينهما في المدخل والكلام.

والوجه الثاني: يقدم المسلم في الجلوس على الكافر لما روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه اختصم مع يهودي وجد معه درعاً ضاعت منه يوم الجمل، إلى شريح، فلما دخلا عليه، قام شريح عن مجلسه، حتى جلس فيه علي وجلس شريح واليهودي بين يديه فقال علي: لولا أن خصمي ذمي لجلست معه بين يديك لكن سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تساووهم في المجالس»[١].

ولولا ضعف في إسناد هذا الحديث لقدم المسلم على الذمي وجهاً واحداً ولكلا الوجهين مع ضعفه وجه.

فإن اختلف جلوس الخصمين بين يديه، فتقدم أحدهما على صاحبه، كان القاضي بالخيار بين أن يؤخر المتقدم، أو يقدم المتأخر.

والأولى أن ينظر: فإن كان المتقدم قد جلس في مجلس الخصوم، وتأخر عنه الآخر، قدمه إليه، وإن كان المتأخر قد جلس في مجلس الخصوم، وتقدم عليه الآخر أخره إليه، حتى يساويا فيه.

وقد روي أن عمر بن الخطاب وأبيّ بن كعب تقاضيا إلى زيد بن ثابت في محاكمة بينهما، فقصداه في داره فقال زيد لعمر: لو أرسلت إليّ لجئتك، فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فأخذ زيد وسادته ليجلس عليها عمر فقال عمر: هذا أول جورك سو بيننا في المجلس فجلسا بين يديه، ونظر بينهما فتوجهت اليمين على عمر فقال زيد لأبي: لو عفوت أمير المؤمنين عن اليمين؟ فقال عمر: ما يدري زيد ما القضاء، وما على عمر أن يحلف أنّ هذه أرض وهذه سماء.

ومن عادة جلوس الخصوم، أن يجلسوا في التحاكم بروكاً على الركب، لأنه عادة العرب في التنازع، وعرف الحكام في الأحكام.

فإن كان التخاصم بين النساء، جلس متربعات، بخلاف الرجال، لأنه أستر لهن.

وإن كان بين رجل وامرأة، برك الرجل وتربعت المرأة، لأنه عرف لجنسها فلم يصر تفضيلاً لها.

---

(١) أخرجه البيهقي ١٠/١٣٦ وانظر التلخيص ٤/١٩٣.

والأولى بالقاضي أن لا يشرك بين الرجال والنساء في مجلس النظر، ويجعل للنساء وقتاً، وللرجال وقتاً.

ولا يحضر تخاصم النساء من الرجال من يستغني عن حضوره.

وقد اختير للحاكم عند تحاكم النساء أن يكون الواقف بين يديه لترتيب الخصوم خصياً.

وإن كان التحاكم بين رجل وامرأة، فالأولى أن لا ينظر بينهما عند تحاكم الرجال، لأجل المرأة، ولا ينظر بينهما، عند تحاكم النساء لأجل الرجل، ويجعل لهما وقتاً غير هذين.

وإذا جلس الخصمان تقاربا إلا أن يكون أحدهما رجلاً والآخر امرأة ليست بذات محرم فيتباعدا ولا يتلاصقا وأبعد ما يكون من بين الخصمين أن يسمع كل واحد منهما كلام صاحبه.

وعلى القاضي أن يسمع كلام الخصمين من غير ضجر، ولا انتهار، لأن ضجره عليهما مسقط لما عليه من حقهما، وانتهاره لهما مضعف لنفوسهما، إلا أن يكون منهما لغط فينتهرهما، أو ينتهر اللاغط منهما.

فإن أمسكا عن الكلام بعد جلوسهما، قال القاضي: يتكلم من شاء منكما، والأولى أن يقوله القائم بين يديه؛ لأنه أحفظ لحشمته.

فإن تنازعا في الكلام كفهما عن التنازع، حتى يتفقا على المبتدىء منهما.

فإن أقاما على التنازع ويبتدىء بالكلام من قرع.

والوجه الثاني: يصرفهما حتى يتفقا على المبتدىء.

لا يتعنت القاضي شاهداً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَتَعَنَّتَ شَاهِدَاً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وعنت الشاهد قد يكون من القاضي من أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: إظهار التنكر عليه، والاسترابة به، وهو طاهر الستر، موفور العقل.

والثاني: أن يسأله من أين علمت ما شهدت وكيف تحملت ولعلك سهوت.

والثالث: أن يتتبعه في ألفاظه، ويعارضه إلى ما جرى مجرى ما ذكرنا، لأن عنت الشاهد قدح فيه، وميل على المشهود له، ومفض إلى ترك الشهادة عنده.

وهكذا لا يجوز أن يضجر على الشاهد ولا ينتهره؛ لأن الضجر والانتهار عنت.

[لا يلقن القاضي أحد الخصمين حجة].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يُلَقِّنَ وَاحِداً مِنْهُمَا حُجَّةً».

قال الماوردي: يعني من الخصمين، لأنه يصير بالتلقين ممايلاً له وباعثاً على الاحتجاج بما لعله ليس له.

فأما إن قصر المدعي في الدعوى ولم يستوفها، سأله عما قصر فيه، لتتحقق به الدعوى.

فإنه لقنه تحقيق الدعوى، فقد اختلف أصحابنا فيه، فجوزه بعضهم، لأنه توفيق لتحقيق الدعوى، وليس بتلقين للحجة. ومنع منه آخرون، لأنه يصير معيناً له على خصمه. وقال له: إن حققت دعواك سمعتها، وإلا صرفتك حتى يتحقق لك.

فإن قال له استعن بمن ينوب عنك فإن أشار بذلك إلى الاستعانة في الاحتجاج عنه لم يجز، وإن أشار به إلى الاستعانة في تحقيق الدعوى جاز ولا يعين له على من يستعين به.

[لا يلقن القاضي أحد الشاهدين شهادة].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ شَاهِداً شَهَادَةً».

قال الماوردي: يعني أنه لا يلقن الشاهد ما يشهد به، لأمرين:

أحدهما: أنه يصير بتلقينه مائلاً مع المشهود له.

والثاني: أنه ربما لقنه ما ليس عنده.

فإن لقنه صفة لفظ الأداء، ولم يلقنه ما يشهد به في الأداء، فقد اختلف أصحابنا فيه، كما اختلفوا في تلقين الخصم تحقيق الدعوى، فجوزه بعضهم، لأنه توقيف، وليس بتلقين، وقَدْ أَشار إليه الشافعي. ومنع منه آخرون لما فيه من الممايلة، ويقول له أن بينت ما تصح به شهادتك سمعتها.

ولا يجوز أن يبعث الشاهد على الشهادة إذا توقف عنها ولا يبعثه على التوقف عنها إذا بادر إليها إلا في الحدود التي تدرأ بالشبهات فيجوز أن يعرض له بالتوقف عنها، كما فعله عمر في الشهود على المغيرة بالزنا حتى توقف زياد فَدَرأ به الحد عن المغيرة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَابَأْسَ إِذَا جَلَسَ أَنْ يَقُولَ تَكَلَّمَا أَوْ يَسْكُتَ حَتَّى يَبْتَدِىءَ أَحَدُهُمَا».

قال الماوردي: والأولى في أدب الخصمين إذا جلسا للتحاكم أن يستأذنا القاضي في الكلام ليتكلما بعد إذنه.

فإن بدىء بالكلام من غير إذنه، جاز، وأن خالف فيه أدبه.

فإن سكت الخصمان ولم يتكلم واحد منها بعد جلوسهما فإن كان السكوت للتأهب للكلام أمسك عنهما، حتى يتحرر للمتكلم ما يذكره.

وكذلك إن كان سكوتهما لهيبة حضرتهما عن الكلام توقف حتى تسكن نفوسهما فيتكلمان.

وإن أمسكا لغير سبب، لم يتركهما على تطاول الإمساك، فينقطع بهما عن غيرهما من الخصوم وقال لهم: ما خطبكما؟ وهو أحد الألفاظ في استدعاء كلامهما؛ لأنه في كتاب الله تعالى محكي من نبيّه مولى عليه السلام فإن عدل عنه، وقال: تكلما، أو يتكلم المدعي منكم، أو يتكلم أحدكما، جاز.

والأولى أن يقول ذلك العون القائم على رأسه، أو بين يديه.

فإن تنازعا في الابتداء بالكلام، ولم يسبق به أحدهما، فقد ذكرنا فيه وجهين:

أحدهما: يقرع بينهما، ويقدم من قرع منهما.

والثاني: يصرفهما، حتى يتفقا على ابتداء أحدهما.

[من يبدأ بالكلام من الخصمين.]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَنْبَغِي أَنْ يَبْتَدِىءَ الطَّالِبَ فَإِذَا أَنْفَذَ حُجَّتَهُ تَكَلَّمَ الْمَطْلُوبُ».

قال الماوردي: أما إن اتفقا على الطالب منهما والمطلوب، فالمبتدىء بالكلام منهما هو الطالب قبل المطلوب؛ لأن كلام الطالب سؤال، وكلام المطلوب جواب.

فإن تنازعا في الطالب والمطلوب منهما فقال كل واحد منهما: أنا طالب وأنت مطلوب، نظر: فإن سبق أحدهما فهو الطالب، وصاحبه هو المطلوب وإن قالا معاً، ولم يسبق به أحدهما، ففيه ما قدمناه من الوجهين:

أحدهما: الأقراع بينهما.

والثاني: صرفهما حتى يتفقا على الطالب منهما.

فإذا صار أحدهما طالباً والآخر مطلوباً، بدأ الطالب بدعواه فإن عارضه المطلوب في الكلام، قبل استيفاء الدعوى، منعه القاضي من معارضته، حتى يستوفيها.

فلو أن الطالب كتب دعواه في رقعة ثم دفعها إلى القاضي وقال قد أثبت دعواي في هذه الرقعة، وأنا مطالب له بما فيها، فقد اختلف فيه، على وجهين:

أحدهما: أنه لا يقبل القاضي هذا منه حتى يذكره نطقاً بلسانه، أو يوكل من ينوب عنه، وهو قول شريح، لأن الطلب يكون باللسان، دون الخط.

والوجه الثاني: أن القاضي وإن لم يجب عليه فلا بد أن يقرأها على الطالب ويقول له: أهكذا تقول أو تدعي؟

فإذا قال: نعم، سأل المطلوب عن الجواب، ولا يجوز أن يسأله قبل قراءتها على الطالب واعترافه بما تضمنها.

فإن فعل المطلوب في جواب الدعوى مثل ذلك وكتب جوابه في رقعة ودفعها إلى الحاكم، فقال: هذا جوابي عن الدعوى، كانا في القبول والامتناع على سواء إن جوزناه في الطالب.

فإن قدم المطلوب الإقرار قبل استيفاء الدعوى، لزمه الإقرار، وسقط جوابه عن الدعوى إذا وافقت إقراره.

وإن قدم الإنكار لم يقنع في الجواب وطولب به بعد استيفاء الدعوى؛ لأن الإقرار التزام، فجاز تقديمه، والإنكار إسقاط فلم يجز تقديمه، فإن أنكر بعد استيفاء الدعوى، فقد اختلف فيما يختار أن يقوله القاضي للطالب.

فاختار بعض أصحابنا أن يقول له القاضي: قد أنكرك ما ادعيته عليه فماذا تريد؟.

وقال آخرون منهم: الاختيار أن يقول قد أنكرك ما ادعيت، فهل من بينة؟ وهو الأشبه. لرواية وائل بن حجر أن رجلاً من حضرموت حاكم رجلاً من كندة، إلى رسول الله ﷺ في أرض فقال الحضرمي: ألك بينة؟ قال: لا. فقال: فيمينه، فقال: يا رسول الله إنه فاجر، ليس يبالي ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء فقال ليس لك إلا ذاك.

[لا يضيف القاضي الخصم دون صاحبه]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يُضِيفَ الخَصْمَ دُونَ خَصْمِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا أمسى الخصمان عند القاضي، أو كانا غريبين، لم يجز أن يضيف أحدهما دون الآخر، لما فيه من ظهور الممايلة، روي أن

رجلاً نزل بعلي بن أبي طالب فقال له علي: ألك خصم؟ قال: نعم، قال: تحول عنا فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تضيفوا أحد الخصمين إلا ومعه خصمه»(١) فلذلك لم يجز أن يضيف أحدهما، وقيل له: إما تضيفهما معاً أو تصرفهما معاً.

وتأول بعض أصحابنا قول الشافعي: ولا يضيف أحد الخصمين دون صاحبه أي لا يقدمه عليه في مجلسه، فيضيفه إلى نفسه بتقديمه، وهذا تأويل بعيد لخروجه عن حقيقة اللفظ إلى مجازه.

منع الولاة والقضاة من قبول الهدايا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَقْبَلَ مِنْهُ هَدِيَّةً وَإِنْ كَانَ يَهْدِي إِلَيْهِ قَبْلَ ذَلِكَ حَتَّى تَنْفَذَ خُصُومَتُهُ».

قال الماوردي: ينبغي لكل ذي ولاية أن يتنزه عن قبول هدايا أهل عمله.

روي المغيرة بن شبيل عن قيس بن أبي حازم، عن معاذ بن جبل، قال: بعثني رسول الله ﷺ فلما سرت، أرسل في أثري، فقال: «أتدري لم بعثت إليك؟ لا تصيبن شيئاً بغير علمي فإنه غلول ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة. لهذا دعوتك فامض لعملك»(١).

وروى إسماعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم عن عدي بن عمير الكندي قال: سمعت رسول الله ﷺ على المنبر، وهو يقول: «ومن استعملناه على عمل فكتمنا مخيطاً فما فوقه فهو غلول يأتي به يوم القيامة»(٢).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «هدايا الأمراء غلول»(٣).

وروى الشافعي عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن أبي حميد الساعدي قال استعمل رسول الله ﷺ رجلاً من بني أسد يقال له ابن اللّتْبِية على الصدقة، فلما قدم قال هذا لكم، وهذا أهدي لي فقام النبي ﷺ على المنبر وقال: «ما بال العامل نبعثه على بعض أعمالنا فيقول: هذا لكم، وهذا أهدي لي؟ ألا جلس في بيت أبيه أو أمه فينظر يهدى إليه أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء به يوم

---

(١) أخرجه البيهقي وضعفه ١٠/١٣٧ وانظر التلخيص ٤/١٩٣ ـ ١٩٤ أخرجه الترمذي (١٣٥٥) والسيوطي في الدر ٢/٩٢.

(٢) مسلم في الإمارة (٣٠) وأحمد ٤/١٩٢ وابن أبي شيبة ٦/٥٤٨ الطبراني في الكبير ١٧/١٠٧ والبيهقي ٤/١٥٨.

(٣) أخرجه أحمد ٥/٤٢٤ والبيهقي ١٠/١٣٨ وضعفه الحافظ فى التلخيص ٤/٨٩.

القيامة يحمله على رقبته إن كان بعيراً له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تيعر ثم رفع يده حتى رأينا عفرة إبطيه ثم قال اللهم هل بلغت اللهم هل بلغت».

فدلت هذه الإخبار على منع الولاة من قبول الهدايا.

فإن قيل: فقد قبل رسول الله ﷺ الهدايا من المسلمين وغيرهم من ملوك الأقطار، وقال: «لو أهدي إلي ذراع لقبلت ولو دعيت إلى كراع لأجبت».

قيل عنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أن الله تعالى قد ميزه عن الخلق فقال: ﴿النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾ وفي بعض القراءات وهو أب لهم» فصار في اختصاصه كالأب فباين من عداه.

والثاني: أنه ﷺ قد كان يكافىء على الهدايا وكان أكثر من يهاديه طالباً لفضل الجزاء، ولذلك لما أهدى إليه الأعرابي ناقة، لم يزل يكافئه حتى رضي.

والثالث: أنه بعيد من الميل منزه عن الظنة طاهر العصمة فامتنع أن يقاس بغيره.

فصـل: حكم الهدية بصورة عامة.

وإذا كان كذلك فالمهاداة فيمن عدا الولاة مستحبة في البذل ومباحة في القبول، لقول النبي ﷺ «تهادوا تحابوا»

حكم مهاداة الولاة.

وأما مهاداة الولاة فهم ثلاثة أصناف: ولاة سلطنة، وولاة عمالة، وولاة أحكام.

فأما الصنف الأول: وهم ولاة السلطنة، فكالإمام الأعظم ومن قام مقامه، فكل الناس تحت ولايته ومن جملة رعيته. ولا تخلو مهاداته من أن تكون من أهل دار الإسلام أو من أهل دار الحرب.

هدايا أهل دار الحرب إلى ولاة السلطنة.

فإن هاداه أهل الحرب، جاز له قبول هداياهم، كما يجوز له استباحة أموالهم.

وينظر في سبب الهدية فإن كانت لأجل سلطانه فسلطانه بالمسلمين فصارت الهدية لهم دونه فكان بيت ما لهم بها أحق.

وإن هاداه أهل الحرب لما لا يختص بسلطانه من مودة سلفت جاز أن يتملكها.

وإن هادوه لحاجة عرضت فإن كان لا يقدر على قضائها إلا بالسلطنة كان بيت المال أحق بها منه.

وإن كان يقدر عليها بغير السلطنة كان أحق بها من بيت المال.

فيكون حكم هداياهم منقسماً على هذه الأقسام الثلاثة.

هدايا أهل دار الإسلام إلى ولاة السلطنة.

وأما هدايا دار الإسلام فتقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يهدي إليه من يستعين به إما على حق يستوفيه، وإما على ظلم يدفعه عنه، وإما على باطل يعينه عليه، فهذه هي الرشوة المحرمة.

روى أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «لعن الراشي والمرتشي والرائش» فالراشي: باذل الرشوة، والمرتشي: قابل الرشوة، والرائش: المتوسط بينهما.

ولأن الهدية إن كانت على حق يقوم به فهو من لوازم نظره ولا يجوز لمن لزمه القيام بحق أن يستعجل عليه كما لا يجوز أن يستجعل على صلاته وصيامه.

وإن كان على باطل يعين عليه، كان الاستجعال أعظم تحريماً، وأغلظ مأثماً.

فأما باذل الرشوة فإن كانت لاستخلاص حق أو لدفع ظلم لم يحرم عليه بذلها، كما لا يحرم افتداء الأسير بها.

وإن كانت لباطل يعان عليه يحرم عليه بذلها كما حرم على المبذول له أخذها، ووجب رد الرشوة على باذلها ولم يجز أن توضع في بيت المال.

والقسم الثاني: أن يهدي إليه من كان يهاديه قبل الولاية من ذي نسب أو مودة فهذه هدية، وليست برشوة. وهي ثلاثة ضروب:

أحدها: أن تكون بقدر ما كانت قبل الولاية لغير حاجة عرضت، فيجوز له قبولها لانتفاء الظنة عنها، وللعرف الجاري في التواصل بها.

والضرب الثاني: أن تقترن بحاجة عرضت له فيمتنع من قبوله عند الحاجة ويجوز أن يقبلها بعد الحاجة فقد روي أن زيد بن ثابت كان يهدي إلى عمر بن الخطاب لبناً فيقبله، حتى اقترض زيد مالاً من بيت المال، وأهدى اللبن، فرده عمر، فقال زيد: لم رددته؟ فقال: لأنك اقترضت من بيت المال مالاً، فقال زيد: لا حاجة لي في مال يقطع الوصلة بيني وبينك، فرد المال وأهدى اللبن فقبله منه.

والضرب الثالث: أن يزيد في هديته على قدر العادة لغير حاجة فينظر: فإن كانت الزيادة من جنس الهدية جاز قبولها لدخولها في المألوف وإن كانت من غير جنس الهدية منع من قبولها لخروجها عن المألوف.

والقسم الثالث: أن يهدي إليه من لم يكن يهاديه قبل الولاية فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يهدي إليه من يخطب منه الولاية على عمل يقلده، فهذه رشوة تخرج من حكم الهدايا يحرم عليه أخذها، سواء كان خاطب الولاية مستحقاً لها، أوغير مستحق وعليه ردها، ويحرم على باذلها إن كان غير مستحق للولاية وإن كان مستحقاً

لها فإن كان مستغنياً عن الولاية حرم عليه بذلها وإن كان محتاجاً إليها لم يحرم عليه بذلها.

والضرب الثاني: أن يهدي إليه من يشكره على جميل كان منه، فهذا خارج من الرشا، وملحق بالهدايا؛ لأن الرشوة ما تقدمت والهدية ما تأخرت، وعليه ردها ولا يجوز له قبولها؛ لأنه يصير مكتسباً بمجاملته ومعتاضاً على جاهه وسواء كان ما فعله من الجميل واجباً أو تبرعاً، ولا يحرم بذلها على المهدي.

والضرب الثالث: أن يهدي إليه من يبتدئه بالهدية لغير مجازاة على فعل سالف ولا طلباً لفعل مستأنف، فهذه هدية بعث عليها جاه السلطنة، فإن كافأ عليها جاز له قبولها وإنْ لم يكافىء عليها ففيه وجهان:

أحدهما: يقبلها لبيت المال لأن جاه السلطنة لكافة المسلمين.

والوجه الثاني: يردها ولا يقبلها لأنه المخصوص بها، فلم يجز أن يستأثر دون المسلمين بشيء وصل إليه بجاه المسلمين.

فصل: مهاداة ولاة العمالة.

وأما الصنف الثاني وهم ولاة العمالة كعمال الخراج والصدقات، فلا يخلو حال المهدي من أن يكون من أهل عمله، أو من غيرهم.

فإن كانت من غير أهل عمله كانت المهاداة بينهما كالمهاداة بين غير الولاة والرعايا.

وإن كان من أهل عمله فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون الهدية قبل استيفاء الحق من المهدي، فهذه رشوة لتقدمها، فيحرم عليه قبولها لأنها تهمة تعطفه عن الواجب. وقد روي عن عائشة موقوفاً ورواه بعضهم مسنداً «اللطفة عطفة» وسواء كان العامل مرتزقاً أو غير مرتزق .

فإن أضاف العامل، ولم يهاده نظر، فإن كان العامل مستوطناً لم يجز أن يدخل في ضيافته، وإن كان مجتازاً جاز أن يدخل في ضيافته، بعد استيفاء الحق منه، ولم يجز أن يدخل فيها قبل استيفائه.

والضرب الثاني: أن يهدى إليه بعد استيفاء الحق منه، على جميل قدمه إليه، فينظر، فإن كان الجميل مما يجب على العامل أن يفعله بحق عمله، وجب رد الهدية وحرم قبولها.

وإن كان مما لا يجب عليه، لم يكن للعامل أن يتملكها ما لم يعجل المكافأة عليها.

وفيها وجهان:

أحدهما: تعاد إلي مالكها لخروجها عن المقصود بها.

والثاني: تكون لبيت المال؛ لأنها مبذولة على فعل نائب عنهم، وفي مثله قال رسول الله ﷺ: «هدايا الأمراء غلول» والغلول ما عدل به عن مستحقه.

والضرب الثالث: أن يهدي إليه بعد استيفاء الحق منه، على غير سبب أسلفه.

فإن عجل المكافأة عليها بمثل قيمتها جاز أن يتملكها لأنه بالمكافأة معاوض فجرى في إباحة التملك مجرى الابتياع الذي لا يمنع الولاة منه.

وإن لم يكافىء عليها فقد خرجت عن الرشوة والجزاء فلم يجب ردها ويعرض بها للتهمة وسوء القالة.

واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تقر على العامل ولا تسترجع منه؛ لأن رسول الله ﷺ أقر ابن اللّتبية على الهدية ولم يسترجعها منه.

والوجه الثاني: أنها تسترجع منه لبيت المال؛ لأنه أخذها بجاه العمل، ونضم إلى المال الذي استعمل فيه، لوصولها بسببه، فإن رأى الإمام في اجتهاده أن يعطيه إياها جاز إذا كان مثله يجوز أن يبدأ بمثلها وإن رأي الإمام أن يشاطره عليها جاز كما فعل عمر بن الخطاب في أبنيه حين أخذا مال الفيء قرضاً واتجرا فربحا فأخذ منهما نصف ربحه كالقراض.

والوجه الثالث: أنه إن كان العامل مرتزقاً قدر كفايته أخذت منه الهدية لبيت المال، وإن كان غير مرتزق أقرت عليه، لرواية عبد بن الله بريده عن أبيه عن النبي ﷺ قال: «من استعملناه على عمل فرزقناه رزقاً فما أخذ بعد ذلك فهو غلول».

ولو كان مرتزقاً، ولم يكتف برزقه عما تدعوه الحاجة إليه فقد روى الأوزاعي عن الحارث بن يزيد، عن عبد الرحمٰن بن جبير عن المستورد بن شداد، قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «من كان لنا عاملاً فليكتسب زوجة، فإن لم يكن له خادم فليكتسب خادماً فمن لم يكن له مسكن فليكتسب مسكناً»[1] فدل هذا الحديث على أن الغلول المسترجع منه ما تجاوز قدر حاجته.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٤٥) وابن خزيمة (٢٣٧٠).

فصل: مهاداة قضاة الأحكام.

وأما الصنف الثالث وهم قضاة الأحكام، فالهدايا في حقهم أغلظ مأثماً، وأشد تحريماً، لأنهم مندوبون لحفظ الحقوق على أهلها دون أخذها، يأمرون فيها بالمعروف وينهون فيها عن المنكر وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم» فخص الحكم بالذكر لاختصاصه بالتغليظ.

وينقسم حال القاضي في الهدية على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون الهدية في عمله، من أهل عمله، فللمهدي ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يكون ممن لم يهاده قبل الولاية فلا يجوز أن يقبل هديته سواء كان له في حال الهدية محاكمة، أو لم يكن؛ لأنه معرض لأن يحاكم أو يحاكم ، وهي من المتحاكمين رشوة محرمة ومن غيرهم هدية محظورة.

والحال الثانية: أن يكون ممن يهاديه قبل الولاية لرحم أو مودة وله في الحال محاكمة، فلا يحل له قبول هديته؛ لأن قبولها ممايلة.

والحال الثالثة: أن يكون ممن يهادته قبل الولاية وليس له محاكمة فينظر: فإن كانت من غير جنس هداياه المتقدمة؛ لأنه كان يهاديه بالطعام فصار يهاديه بالثياب، لم يجز أن يقبلها؛ لأنه الزيادة هدية بالولاية، وإن كانت من جنس ما يهاديه قبل الولاية ففي جواز قبولها وجهان:

أحدهما: يجوز أن يقبلها لخروجها عن سبب الولاية.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يقبلها لجواز إن تحدث له محاكمة ينسب بها إلى الممايلة.

والقسم الثاني: أن تكون الهدية في عمله، من غير أهل عمله فلمهديها ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يكون قد دخل بها إلى عمله، فقد صار بالدخول بها من أهل عمله فلا يجوز أن يقبلها، سواء كانت له محاكمة أو لم تكن لجواز أن تحدث له محاكمة.

والحال الثانية: أن لا يدخل بها المهدي ويرسلها وله محاكمة وهو فيها طالب أو مطلوب فهي رشوة محرمة.

والحال الثالثة: أن يرسلها ولا يدخل بها، وليس له محاكمة ففي جواز قبولها وجهان:

أحدهما: لا يجوز لما يلزمه من النزاهة.

والثاني: يجوز لوضع الهدية على الإباحة.

والقسم الثالث: أن تكون الهدية في غير عمله ومن غير أهل عمله لسفره عن

عمله، فنزاهته عنها أولى به من قبولها ليحفظ صيانته فإن قبلها جاز ولم يمنع منها.

فأما نزوله ضيفاً على غيره، فإن كان في عمله لم يجز وإن كان في غير عمله جاز. ولايكره إن كان عابر سبيل، ويكره إن كان مقيماً.

حكم مهاداة القضاة.

فإذا تقرر ما وصفنا من مهاداة القاضي، فإن أبيحت له جاز أن يتملكها، ولم يجب ردها وإن حظرت ومنع منها، على ما ذكرنا من التفصيل، انقسمت ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون رشوة لتقدمها على المحاكمة، فيجب ردها على باذلها.

فإن ردّها قبل الحكم نفد حكمه.

وإن ردّها بعد الحكم، نُظِرَ، فإن كان حكمه على الباذل نفذ وإن كان للباذل ففي نفوذه وجهان:

أحدهما: ينفذ، إذا وافق الحق كما ينفذ للصديق.

والوجه الثاني: لا ينفد، كما لا ينفذ لوالد ولا لولد للتهمة بالممايلة.

والقسم الثاني: أن تكون الهدية جزاءً لتأَخُرِهَا عَن الحكم، فيجب ردها على مهديها، والحكم معها نافذ، سواءً كان الحكم للمهدي أو عليه.

والقسم الثالث: أَن تَخْرج الهَدِيّة عن الرشوة والجزاء، لابتداء المهدي بها تبرعاً، فلا يجوز أن يتملكها القاضي لحظرها عليه، وفيها وجهان:

أحدها: ترد على مهديها لفساد الهدية.

والوجه الثاني: توضع في بيت المال، لبذلها طوعاً لنائب المسلمين.

فصـل: الهَدِيّة على الشَّفَاعَةِ.

روى عبد بن الله أبي جَعْفَر، عَنْ خالد بن أبي عمران، عن القاسم بن أبي أمامة عن النبي ﷺ أنه قال: «من شفع لأحد شفاعة فأهدى له هدية عليها فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا»[1].

وهذا الحديث وإن كان مرسلاً فسيظهر في الاستدلال به على ما يوجبه حكم الأصول.

ومهاداة الشافع معتبرة بشفاعته، وهي على ثلاثة أقسام:

---

(١) أبو داود في البيوع باب (٨٤) والطبراني في الكبير ٨/ ٢٨٤ وأحمد ٥/ ٢٦١ وذكره ابن الجوزي في العلل ٢/ ٢٦٧.

أحدها: أن يشفع في محظور، من إسقاط حق، أو معونة على ظلم، فهو في الشفاعة ظالم وبقبول الهدية عليها آثم، تحل له الشفاعة، ولا تحل له الهدية.

والقسم الثاني: أن يشفع في حق يجب عليه القيام به، فالشفاعة مستحقة عليه والهدية عليه محظورة؛ لأن لوازم الحقوق لا يستجعل عليها.

والقسم الثالث: أن يشفع في مباح لا يلزمه، فهو بالشفاعة محسن لما فيها من التعاون، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اشفعوا إليّ، ويقضي الله على لسان رسوله ما يشاء»[1].

وللهدية على هذه الشفاعة ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يشترطها الشافع فقبولها محظور عليه؛ لأنه يستعجل على حسن قد كان منه.

والحال الثانية: أن يقول المهدي هذه الهدية جزاءً على شفاعتك فقبولها محظور عليه، كما لو شرطها؛ لأنها لما جعلت جزاءً صارت كالشرط.

والحال الثالثة: أن يمسك الشافع عن اشتراطها ويمسك المهدي عن الجزاء بها فإن كان مهادياً قبل الشفاعة، لم يمنع الشافع من قبولها ولم يكره له القبول، وإن كان غير مهاد قبل الشفاعة كره له القبول، وإن لم يحرم عليه فإن كافأ عليها لم يكره له القبول.

تقديم النظر بين المسافرين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا حَضَرَ مُسَافِرُونَ وَمُقِيمُونَ فَإِنْ كَانَ الْمُسَافِرُونَ قَلِيلاً فَلَا بَأْسَ أَنْ يَبْدَأَ بِهِمْ وَأَنْ يَجْعَلَ لَهُمْ يَوْماً بِقَدْرِ مَا لَا يَضُرُّ بِأَهْلِ الْبَلَدِ فَإِنْ كَثُرُوا حَتَّى سَاوَوْا أَهْلَ الْبَلَدِ آسَاهُمْ بِهِمْ وَلِكُلٍّ حَقٌّ».

قال الماوردي: فقد ذكرنا أن على القاضي في النظر بين الخصوم أن يقدم السابق على المسبوق، فإن حضره مسافرون ومقيمون، ففي تأخير المسافرين إذا كانوا مسبوقين إضرار بهم لتأخرهم عن العود إلى أوطانهم، فإن قلوا ولم يكثروا قدمهم القاضي على المقيمين.

واختلف أصحابنا هل يعتبر في تقديمهم استطابة نفوس المقيمين؟ على وجهين:

أحدهما: لا تعتبر، ويجوز للقاضي أن يقدمهم وإن كره المقيمون لدخول الضرر على المسافرين دون المقيمين.

---

(١) أخرجه أبو داود (٥١٣١) والحميدي (٧٧١).

والوجه الثاني: تعتبر استطابة نفوس المقيمين فإن طابت نفوسهم بتقديم المسافرين قدمهم، وإن امتنعوا لم يجبرهم، لاستحقاق التقديم بالسبق.

وإن كثر المسافرون حتى ساووا أهل المصر كأيام المواسم بمكة والمدينة وكان في تقديمهم إضرار بالمقيمين لم يجز أن يرفع الضرر عن المسافرين بإدخاله على المقيمين، ونظر: فإن كان اليوم الواحد للنظر بي المقيمين والمسافرين جعل للمقيمين فيه وقتاً وللمسافرين فيه وقتاً، فإن استوى الفريقان سوى بين الوقتين، وإن تفاضل الفريقان فاضل فيهما بين الوقتين.

وإن كان اليوم الواحد لا يتسع للنظر بين الفريقين، جعل للمسافرين يوماً وللمقيمين يوماً إن استوى الفريقان، وإن تفاضلوا فاضل بينهم في الأيام، وخص المسافرين بالمجلس الأول إن لم يضر المقيمين، إما إجباراً على أحد الوجهين وإما باستطابة نفوس المقيمين على الوجه الثاني، وإن استضر به المقيمون أقرع بينهم في المجلس الأول لأنه ليس فيه سبق يعتبر، فعدل فيه إلى القرعة، واستقر بها ترتيب المجالس فيما بعد ليكون مجلس المسافرين معروفاً ومجلس المقيمين معروفاً حتى يقصد كل فريق في يومه المعروف.

فإذا اتسع مجلس أحد الفريقين في أن ينظر في يقينه للفريق الآخر جاز، لأنه قد استوفى أهله حقهم فيه فلم يبق لهم حق في باقيه.

تقديم النظر بين السابقين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يُقَدِّمُ رَجُلاً جَاءَ قَبْلَهُ رَجُلٌ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن السبق معتبر في تقديم النظر بين الخصوم، لقول النبي ﷺ: «منا مُناخ من سبق» وكما يراعي السبق في مقاعد الأسواق وفي ورود المياة وفي أخذ المعادن.

فإذا اجتمع الخصوم ندب القاضي لهم من يكتب الأسبق فالأسبق لينظر بينهم على الولاء اعتباراً بالسبق.

فإن اختلفوا في السبق، أو جاؤوا معاً، أقرع بينهم، إن أمكنت القرعة، لقلة عددهم، ورتبهم على ما خرجت به القرعة.

وإن تعذرت القرعة لكثرة عددهم أثبت اسم كل رجل منهم في رقعة مفردة، وطواها القاضي بين يديه، ولو غطاها كان أولى، ورتبهم على ما تخرج به رقاعهم.

فإذا وجب تقديم أحدهم، إما بالسبق، وإما بالقرعة، لم يجز أن يقدم عليه

غيره، فيصير بتقديمه جائراً، يفعل كذلك في خصم بعد خصم، حتى يستنفد جميع الخصوم.

فإن قدم مسبوقاً على سابق بطيب نفس السابق جاز، وإن قدمه بغير طيب نفسه ظلمه، وكان حكمه للمسبوق نافذاً، لأنه ظلم في السبق ولم يظلم في الحكم.

فإن كان المسبوق مريضاً يستضر بالصبر فقد عذره الله تعالى في حقوقه بالرخص فإن عذره الآدميون به في تقديمه عليهم كان أولى بهم، فإن شاحوه قدمه القاضي إن كان مطلوباً ، ولم يقدمه إن كان طالباً، لأن المطلوب مجبر والطالب مخير.

فإن كثر الخصوم ولم يتسع مجلس يومه للنظر بين جميعهم، واحتاجوا لكثرة العدد إلى ثلاثة مجالس كان فيهم بين خيارين:

أولاهما: أن يجزِّىء رقاعهم ثلاثة أجزاء ويجعل كل جزء في إضبارة يعرف أسماء من فيها ويقرع بين الأضابير الثلاث، فإذا خرجت القرعة الأولى لأحدها أثبت عليها المجلس الأول، وإذا خرجت الثانية لأخرى أثبت عليها المجلس الثاني، ويثبت على الأخيرة المجلس الثالث. وقدم لمجلس يومه أهل الإضبارة الأولى، وأعلم أهل الاضبارة الثانية أن لهم المجلس الثاني، وأعلم أهل الإضبارة الثالثة أن لهم المجلس الثالث، حتى ينصرف كل واحد منهم لأشغاله ليأتيه في يومه من غير ترداد فهذا أولى الأمرين.

والخيار الثاني: أن يستوقفهم في يومه، وينظر فيه بين من اتسع له مجلسه، فينادي بحضور من خرجت له قرعته وينظر بينه وبين خصمه، ثم ينادي بحضور من خرجت له القرعة الثانية ومن بعدها، حتى يستوعب جميع مجلسه بالنظر بين من خُرجت رقاعهم فيه فإذا انقضى المجلس قال لمن بقي منهم عودوا في المجلس الثاني، فإذا عادوا فيه قدمهم على من استأنف الحضور في المجلس الثاني، ونظر بينهم وقدم منهم بالرقاع من تقدمت رقعته، فإذا استوعب مجلسه الثاني وقد بقيت منهم بقية، وعدهم المجلس الثالث، ووعد من استأنف حضور المجلس الثاني إلى المجلس الثالث، فإذا جلس في المجلس الثالث قدم أهل المجلس الأول على أهل المجلس الثاني ثم يفعل على هذا المثال أبداً.

وينبغي له إذا كثر الخصوم أن يزيد في عدد مجالسه في كل أسبوع حتى لا يتمادى في أمر الخصوم لتكون مجالسه كافية لجميع الخصوم.

فصل: صفة الرقاع.

فأما صفة الرقاع التي تثبت فيها أسماء الخصوم فينبغي أن يكون الذي يتولى

إثبات أسمائهم فيها أميناً فطناً، ويثبت في كل رقعة اسم الطالب، واسم أبيه، وجده وقبيلته، وصناعته.

وقال بعض أصحابنا: يثبت معه في الرقعة اسم المطلوب.

ولا معنى عندي لإثبات اسمه؛ لأن الحق في الاثبات للطالب دون المطلوب. ولو ثبت معه اسم المطلوب فقال الطالب أريد أن أحاكم غيره في هذا المجلس لم يمنع، فلم يكن لإثباته معه وجه.

فإذا أريد إحضاره عند خروج رقعته نودي باسمه وحده دون اسم أبيه وجده فإذا حضر سأله القاضي عن اسمه واسم أبيه وجده فإذا وافق ما في الرقعة نظر بينه وبين خصمه وإن خالف ما في الرقعة قال له القاضي ليست هذه رقعتك فانصرف حتى يحضر صاحبها. ونودي ثانية حتى يحضر من هو صاحبها ثم على هذا، فلو نودي صاحب رقعة فلم يحضر، كرر النداء ثلاثاً، فإن لم يحضر أخرجت رقعة غيره ونودي صاحبها.

فإذا حضر صاحب الرقعة الأولى، وقد حضر صاحب الرقعة الثانية فإن كان حضوره قبل الشروع في النظر بين الثاني وخصمه قدم الأولى عليه، وإن شرع في النظر لم يقطع النظر، واستوفاه ثم نظر للأول بعده ثم على هذا المثال.

ولو أن القاضي استناب في إخراج هذه الرقاع وفي الإقراع من يثق بعقله وفطنته من أمنائه وثقاته ليتوفر به على نظره جاز وكان أبلغ في صيانته.

لا يسمع من الخصم إلا دعوى واحدة في المجلس.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ يَسْمَعُ بَيِّنَةً فِي مَجْلِسٍ إلاَّ فِي حُكْمٍ وَاحِدٍ فَإِذَا فَرَغَ أَقَامَهُ وَدعَا الَّذِي بَعْدَهُ».

قال الماوردي: إذا نظر بين السابق وبين خصمه في دعوى، بت الحكم فيها، ثم استأنف دعوى ثانية فإن كانت على غير الخصم الأول لم يسمعها إلا في مجلس ثانٍ، لأن سبقه في هذا المجلس مستحق لحكم واحد. ولو جاز أن يستحق به محاكمة جماعة لاستوعب جميع المجلس في حق نفسه، وأضر بغيره.

وإن كانت الدعوى الثانية على الخصم الأول، ففي جواز سماعها منه بسبقه وجهان:

أحدهما: يسمعها لأنها مع خصم واحد.

والثاني: لا يسمعها لأنها في محاكمة أخرى.

ولو أن المدعى عليه بعد انبرام الحكم معه استأنف دعوى على المدعي، فإن لم يكن اسمه ثابتاً في رقعة المدعي لم يسمعها.

وإن كان اسمه ثابتاً في رقعة المدعي ففيه وجهان:

أحدهما: يسمع دعواه بهذا السبق. وهو قول من يرى إثبات اسمه في رقعة المدعي.

والثاني: لا يسمعها إلّا في مجلس آخر.

وهو الذي أراه صواباً، لأن اسمه لأن لم يثبت فيها لحقه وإنما ثبت لحق غيره.

فإن كان هذا المدعي محاكماً في آخر المجلس الذي لم يبق فيه سبق لغيره جاز أن تسمع منه دعواه على واحد وعلى جماعة، وجاز إن تسمع دعوى الخصم عليه، وعلى غيره، ما كان في المجلس بقية.

فإن كان هذا المدعي سابقاً فادعى على اثنين معاً في حالة واحدة، فإن كانت الدعوى مختلفة لم تسمع منه إلا على واحد، وإن كانت الدعوى واحدة كادعائه ابتياع دار منهما، أو بيع دارعليهما، جاز أن تسمع دعواه عليهما؛ لأنها محاكمة واحدة بين طالب ومطلوبين.

ولو اجتمع اثنان في الدعوى على واحد، فإن اختلفت دعواهما لم تسمع إلا من أحدهـما وإن لم تختلف دعواهما لادعائهما ميراثاً بينهما أو ادعائهما عليه ابتياع دار لهما جاز أن تسمع دعواهما عليه؛ لأنها محاكمة واحدة بين طالبين ومطلوب.

رزق القضاة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَنْبَغِي لِلإِمَامِ أَنْ يَجْعَلَ مَعَ رِزْقِ القَاضِي شَيْئاً لِقَرَاطِيسِهِ وَلاَ يُكَلِّفُهُ الطَّالِبَ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلَ قَالَ لِلطَّالِبِ إِنْ شِئْتَ بِصَحِيفَةٍ فِيهَا شَهَادَةُ شَاهِدِيكَ وَكِتَابِ خُصُومَتِكَ وَلاَ أُكْرِهُكَ وَلاَ أَقْبَلُ أَنْ يَشْهَدَ لَكَ شَاهِدٌ بِلاَ كِتَابٍ وَأَنْسَى شَهَادَتَهُ».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين:

أحدهما: في رزق القاضي.

والقضاء مما يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال؛ لأن الله تعالى جعل للعاملين على الصدقات سهماً فيها وقد استقضى عمر شريحاً وجعل له في كل شهر مائة درهم رزقاً فلما أفضت الخلافة إلى علي جعل رزقه في كل شهر خمسمائة درهم. وأخذ زيد بن ثابت على القضاء رزقاً، ولأنه لما ارتزق الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم على الخلافة لانقطاعهم بها عن المكاسب، كان القضاة بمثابتهم.

ويكـون هـذا الـرزق جعـالـة ولا يكـون أجـرة، لأن الأجـرة مستحقـة بعقـد لازم والجعالة مستحقة بعقد جائز. والقضاء في العقود الجائزة دون اللازمة فلذلك كان الرزق فيه جعالة ولـم يكن أجرة.

وإذا جاز ارتزاق القضاة بما وصفنا، فمتى وجد الإمام متطوعا بالقضاء لم يجز أن يعطي على القضاء رزقاً وإن لم يجد متطوعاً به جاز أن يعطي الرزق عليه.

والأولى بالقاضي إذا استغنى عن الرزق أن يتطوع بعمله لله تعالى التماس ثوابه وإن استباح أخذه مع الحاجة والغنى.

ورزقه مقدر بالكفاية من غير سرف ولا تقتير.

وكذلك أرزاق أعوانه من كاتب، وحاجب، ونائب، وقاسم، وسجان حتى لا يستجعل واحد منهم خصماً.

قال الشافعي: ويجعل مع رزق القاضي شيئاً لقراطيسه، لأنه لا يستغني عن إثبات الحجج والمحاكمات، وكتب المحاضر والسجلات، وهي من عموم المصالح فكان سهم المصالح من بيت المال أحق بتحملها.

فإن تعذرت من بيت المال، قال القاضي للمحكوم له: إن شئت فأت بقرطاس تكتب فيه شهادة شاهديك وخصومتك، وهو على التقديم والتأخير؛ لأنه يبدأ بكتب الخصومة ثم بالشهادة ثم بالحكم.

ولا يكره على القراطيس لأنه لوثيقة هو مخير في التوثق بها وقيل: لك الخيار في إحضار قرطاس تكتب فيه حجتك.

فأما قول الشافعي: اكتب فيه شهادة شاهديك وكتاب خصومتك، ثم قال ولا أقبل أن يشهد لك شاهد بلا كتاب، فانسى شهادته. فقد اختلف أصحابنا في تأويله على وجهين:

أحدهما: إنه يكتب فيه ما حكم له بالشهادة.

والثاني: أن يكتب فيه الشهادة قبل إنكار الخصم ليحكم بها فمن ذهب إلى التأويل الأول منع من سماع الشهادة قبل إنكار الخصم ومن ذهب إلى التأويل الثاني جوز سماع الشهادة قبل إنكار الخصم.

[القول في عجز بيت المال عن راتب القاضي]

فصل: وإذا تعذر رزق القاضي من بيت المال وأراد أن يرتزق من الخصوم فإن لم يقطعه النظر عن اكتساب المادة إما لغنائه بما يستجده وإما لقلة المحاكمات التي لا تمنعه من الاكتساب لم يجز أن يرتزق من الخصوم.

وإن كان يقطعه النظر عن اكتساب المادة مع صدق الحاجة جاز له الارتزاق منهم على ثمانية شروط:

أحدها: أن يعلم به الخصمان قبل التحاكم إليه، فإن لم يعلم به إلا بعد الحكم لم يجز أن يرتزقهما.

والثاني: أن يكون رزقه على الطالب والمطلوب ولا يأخذ من أحدهما فيصير به متهوماً.

والثالث: أن يكون عن إذن الإمام لتوجه الحق عليه فإن لم يأذن به الإمام لم يجز.

والرابع: أن لا يجد الإمام متطوعاً فإن وجد متطوعاً لم يجز.

والخامس: أن يعجز الإمام عن دفع رزقه فإن قدر عليه لم يجز.

والسادس: أن يكون ما يرتزقه من الخصوم غير مؤثر عليهم، ولا مضر بهم فإن أضر بهم أو أثر عليهم لم يجز.

والسابع: أن يستزيد على قدر حاجته فإن زاد عليها لم يجز.

والثامن: أن يكون قدر المأخوذ مشهوراً يتساوى فيه جميع الخصوم، وإن تفاضلوا في المطالبات؛ لأنه يأخذه على زمان النظر فلم تعتبر مقادير الحقوق.

فإن فاضل بينهم فيه لم يجز، إلا أن يتفاضلوا في الزمان فيجوز.

وفي مثل هذا معرة تدخل على جميع المسلمين.

ولئن جازت فيه الضرورات فواجب على الإمام وكافة المسلمين أن تزال مع الإمكان إما بأن يتطوع منهم بالقضاء من يكون من أهله؟ وإما أن يقام لهذا بكفايته؛ لأنه لما كانت ولاية القضاء من فروض الكافيات، كان رزق القاضي بمثابة ولايته.

فإن اجتمع أهل البلد، مع إعواز بيت المال على أن يجعلوا للقاضي من أموالهم رزقاً داراً جاز، وكان أولى من أن يأخذه من أعيان الخصوم.

فصل: ما يكتبه القاضي من محاكمة الخصمين.

والفصل الثاني: فيما يكتبه القاضي من محاكمة الخصمين، ولهما حالتان:

إحداهما: أن يسألاه الكتابة.

والثاني: أن لا يسألاه .

فإن لم يسألاه إياها كان القاضي مندوباً إلى إثبات محاكمتها في ديوانه، مشروحة بما انفصلت عليه من إلزام أو إسقاط احتياط للمتحاكمين.

ووجوب ذلك عليه معتبر بالحكم، فإن كان مما قد استوفى وقبض لم يجب عليه إثباته وكان بإثباته مستظهراً.

وإن كان فيما لم يقبض ولم يستوف، فإن كانت الحال لاشتهارها لا ينسى مثلها

لم يجب إثباتها إلا على وجه الاستظهار وإن جاز أن ينسى مثلها ووجب عليه إثباتها ليتذكر بخطه ما حكم وألزم لأنه كفيل ليحفظ الحقوق على أهلها فالتزم بذلك ما يؤول إلى حفظها.

وإن سأله الخصم أن يكتب له ما حكم به ليكون حجة بيده فالذي يكتبه القاضي كتابان:

أحدهما: محضر.

والثاني: سجل.

والمحضر: حكاية الحال، والسجل حكاية المحضر، مع زيادة إنفاذ الحكم به.

والذي يشتمل عليه المحضر من حكاية الحال يتضمن أربعة فصول:

أحدها: صفة الدعوى، بعد تسميه المدعي والمدعى عليه.

والثاني: ما يعقبها من جواب المدعى عليه من الإقرار والإنكار.

والثالث: حكاية شهادة الشهود على وجهها فإن حكى شهادة أحدهما وإن الآخر شهد بمثل شهادته جاز بخلاف ما لو قاله الشاهد في إدائه ونكره في المحضر لمنعنا منه في الأداء.

والرابع: ذكر التاريخ في يوم الحكم من شهره وسنته، ولو ضم إليه ذكر ما أداه الشهود من تاريخ التحمل كان حسناً وإن تركه قضاة زماننا.

وأما السجل فيتضمن ستة فصول:

أحدها: تصديره بحكاية إشهاد القاضي بجميع ما فيه.

والثاني: حكاية ما تضمنه المحضر من الفصول الأربعة.

والثالث: حكاية إمهال القاضي المشهود عليه ليأتي بحجة يدفع بها ما شهد عليه فعجز عنها ولم يأت بها.

والرابع: إمضاء الحكم للمشهود له وإلزامه المشهود عليه بعد مسألة الحاكم.

والخامس: إشهاد القاضي على نفسه بما حكم به وأمضاه من ذلك.

والسادس: تاريخ يوم الحكم والتنفيذ.

فإذا استكمل السجل بهذه الفصول الستة، بالألفاظ المعهودة فيه، جعله على نسختين علم القاضي فيهما بعلامته المألوفة بخطه ليتذكر بها حكمه إذا عرض عليه وأشهد فيهما على نفسه، وسلم إحداهما للمحكوم له ووضع الأخرى في ديوانه حجة يقابل بها سجل الخصم إن أحضره من بعد، ولا يحتاج مع نسخة السجل الموضوعة في ديوانه إلى إثبات ما حكم به في ديوانه وأغناه السجل عن إثباته ولو استظهر بإثبات اسم السجل فيه كان أحوط.

فأما تسمية الشهود الذين حكم بشهادتهم في المحضر والسجل فقد ذكرنا اختلاف الناس في الأولى منه مع اتفاقهم على جواز الأمرين.

فرأى أكثر أهل العراق إن ترك تسميتهم أولى وهو أحوط للمشهود له.

واختاره أبو سعيد الإصطخري من أصحابنا.

ورأى أكثر أهل الحجاز أن تسميتهم فيه أولى وهو أحوط للمشهود عليه مما لعله يقدر عليه من جرحهم، واختاره أبو العباس بن سريج من أصحابنا.

ولو أن القاضي عدل عن كتب السجل إلى أن زاد في المحضر انفاذ حكمه وإمضائه بعد إمهال المشهود عليه بما يدفع به الشهادة فلم يأت بها وعلم فيه وأشهد به على نفسه جاز.

القضاء على الغائب

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قَبِلَ الشَّهَادَةَ مِنْ غَيْرِ مَحْضَرِ خَصْمٍ فَلَا بَأْسَ».

قال الماوردي: وأما سماع الدعوى على الغائب فإن لم تقترن بها بينه لم تسمع، لأن سماعها غير مفيد وإن اقترن بها بينة سمعت وسمعت البينة عليها وهذا متفق عليه في جواز الدعوى والبينة على الغائب.

واختلف في معنى سماع البينة على الغائب.

فهو عند الشافعي ومن يرى القضاء على الغائب سماع حكم.

وعند أبي حنيفة ومن لا يرى القضاء على الغائب سماع تحمل كالشهادة على الشهادة.

فأما القضاء على الغائب بعد سماع البينة عليه فلا تخلو غيبته من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون غائباً عن الحكم حاضراً في مجلسه فلا يجوز الحكم عليه إلا بعد حضوره وإمضاء الحكم عليه بعد إعلامه، وهذا متفق عليه وإن اختلف في معناه.

فهو عند الشافعي ومن يرى القضاء على الغائب ارتفاع الضرورة.

وعند أبي حنيفة ومن لا يرى القضاء على الغائب ما عساه يدفع به الحجة.

والحال الثانية: أن يكون غائباً عن بلد الحكم فقد اختلف الفقهاء في جواز القضاء عليه مع غيبته على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي يجوز القضاء عليه مع غيبته في عموم الأحكام، فيما ينقل ولا ينقل سواء تعلقت بحاضر أو لم تتعلق بحاضر كما يجوز أن يحكم على

الميت وعلى من لا يجيب عن نفسه من الصبي والمجنون ومن شرط التنفيذ عليه بعد الحكم أن يستحلف المحكوم له على بقاء حقه بعد ثبوته.

والثاني: وهو مذهب أبي حنيفة أن القضاء على الغائب لا يجوز فيما ينقل وما لا ينقل، إلا أن يتعلق بحاضر فيجوز أن يحكم عليه تبعاً للحاضر لقوله: غصبني هذا وفلان الغائب عبداً أو ابتاعا مني داراً.

والثالث: وهو مذهب مالك: يجوز القضاء على الغائب فيما ينقل، ولا يجوز القضاء عليه فيما لا ينقل من العقار، فهذه مذاهب الفقهاء في القضاء على الغائب عن البلد.

والحال الثالثة: أن يكون غائباً عن مجلس الحكم وحاضراً في بلده فقد اختلف أصحابنا هل يجري مجرى الغائب عن البلد في جواز القضاء عليه.

أو يكون كالحاضر في مجلس الحكم في المنع من القضاء عليه.

على وجهين:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي لا يجوز القضاء عليه إلا بعد حضوره للقدرة عليه في الحال كالحاضر في المجلس.

والوجه الثاني: وهو مذهب ابن شبرمة وأحمد وإسحاق يجوز القضاء عليه كالغائب عن البلد، قال ابن شبرمة: احكم عليه ولو كان وراء جدار، فهذه أحوال الغائب واختلاف الفقهاء في القضاء عليه .

في المنع من القضاء على الغائب.

فصـل: واستدل من منع القضاء على الغائب لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ منهم معرضون﴾ [النور: ٤٨] فدل هذا الذم على وجوب الحضور للحكم ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور ولم يستحق الذم .

وبما رواه سماك عن حنش بن المعتمر الصنعاني عن علي بن أبي طالب قال: ولأني رسول الله ﷺ اليمن وقال لي: «يا علي: إن الناس سيتقاضون إليك، فإن أتاك الخصمان فلا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء وتعلم لمن الحق» قال علي: فما شككت في قضاء بعد. قالوا فهذا نص في المنع من الحكم إلا بعد سماع قول الخصم فمنع هذا من القضاء على الغائب شرعاً.

ثم منع منه عرفاً قول الشاعر.

حضروا وغبنا عنهم فتحكموا فينا وليس كغائب من يشهد

قالوا: ولأنه حكم على غير مأيوس من إقراره فوجب أن لا يحكم عليه بالبينة قبل إنكاره كالحاضر.

قالوا: ولأن فصل الحكم قد يكون بينة المدعي تارة، وبيمين المنكر أخرى، فلما لم يجز فصل الحكم بيمين المنكر مع غيبة المدعي، لم يجز فصله ببينة المدعي مع غيبة المدعى عليه وتحريره قياساً: أنها حجة أحد المتداعيين فلم يجز الحكم بها مع غيبة الآخر كاليمين.

قالوا: ولأن الحكم يكون للغائب تارة وعليه أخرى فلما لم يجز الحكم للغائب كان أولى أن لا يجوز الحكم على الغائب.

وتحريره قياساً أن من لم يجز الحكم له لم يجز الحكم عليه كالحاضر.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾ [ص: ٢٦] وما شهدته به البينة على الغائب حق فوجب الحكم به.

وروى أبو موسى الأشعري قال: «كان إذا حضر عند رسول الله ﷺ خصمان فتواعدا موعداً فوفى أحدهما ولم يفِ الآخر قضى للذي وفى على الذي لم يف» ومعلوم أنه لا يقضي له بدعواه فثبت أنه قضى له بالبينة.

وروي أن هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان بن حرب أتت رسول الله ﷺ وقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت من ماله سراً فهل علي في ذلك من حرج فقال لها: « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» وهذا قضاء منه على غائب لأن أبي سفيان لم يحضر.

فإن قيل: فهذا منه فتيا وليس بحكم، قيل بل هو حكم لأنه قال لها: «خذي» ولو كان فتيا، لقال: يجوز أن تأخذي فإن قيل فقد حكم بغير بينة.

قيل: قد علم أنها زوجة أبي سفيان فلم يحتج إلى بينة.

فإن قيل: فهو حكم بمجهول، لأنه قال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف وقيل: لأن الواجب لها ولولدها معتبر بالكافية، والحكم بالواجب غير مجهول.

ولأن القضاء على الغائب إجماع:

روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: ألا أن أسيفع أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال قد سبق الحاج فأدان معرضاً فأصبح قد دين به فمن كان له عليه دين فليحضر غداً لنقسم ماله بينهم بالحصص وليس له مع انتشار قوله في الناس مخالف فكان إجماعاً.

ومن القياس أن من جاز سماع البينة عليه جاز الحكم بها عليه كالحاضر، ولأن ما تأخر عن سؤال المدعى عليه إذا كان حاضراً يقدم على سؤاله إذا كان غائباً كسماع البينة.

فإن قيل: سماع البينة تحمل، فجاز مع الغيبة كالشهادة على الشهادة.

قيل: التحمل لا تعتبر فيه الدعوى، كما لا تعتبر في الشهادة على الشهادة، وسماع البينة على الغائب يعتبر فيها تقدم الدعوى فثبت أنه للحكم دون التحمل.

ولأن أبا حنيفة قد وافق في القضاء على الغائب في مسائل هي حجة عليه فيما عداها:

فمنها أن رجلاً لو حضر فادعى أنه وكيل لفلان الغائب في قبض ديونه وأنكر من عليه الدين وكالته فأقام الوكيل البينة بالوكالة حكم بها على الغائب وجعل للوكيل قبض الدين من الحاضر.

ومنها أن شفيعاً لو ادعى على حاضر ابتياع دار من غائب يستحق شفعتها فأنكر الحاضر الشراء فأقام الشفيع البينة بالابتياع حكم على الغائب بالبيع وعلى الحاضر بالشراء وأوجب الشفعة للشفيع.

ومنها أن امرأة لو ادعت أنها زوجة فلان الغائب وأن هذا ولده منها وأقامت البينة وسألت أن يحكم لها عليه بنفقتها ونفقة ولدها في ماله الحاضر جاز للحاكم أن يحكم عليه بذلك وهو غائب.

ومنها أن حاضراً لو ادعى أنه باع عبده هذا على فلان الغائب وقد منعه ثمنه وأقام بذلك بينة حكم على الغائب بالشراء وباع عليه العبد وقضاه حقه من ثمنه .

ومنها أن عبداً لو قطعت يده فأقام البينة على أن مولاه الغائب اعتقه ليقتص من يده قضي على الغائب بعتقه وحكم له بالقصاص من يده إلى غير ذلك من أشباه هذه المسائل فكذلك فيما عداها.

فإن قيل إن هذا يتعلق بحاضر قيل فالحكم على الغائب وإن تعلق بحاضر فدل على أن الغيبة لا تمنع من نفوذ الحكم عليه لثبوته بالبينة.

ولأن في الامتناع من القضاء على الغائب إضاعة للحقوق التي ندب الحكام لحفظها لأنه يقدر كل مانع منها أن يغيب، فيبطلها متوارياً أو متباعداً، والشرع يمنع من هذا لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله لا يمنع ذا حق حقه».

ولأن الغائب لو حضر لكان بين إقرار وإنكار فإن أقر فالبينة موافقة وإن أنكر فالبينة حجة فلم يكن في الغيبة مانع من الحكم بالبينة في حالتي إقراره وإنكاره.

فإن قيل إذا اجتمع الإقرار والبينة تعلق الحكم بالإقرار دون البينة.

قيل هو كذلك إذا كان الإقرار ممكناً وبخلافه إذا كان معتذراً.

فإن قيل لو كان حاضراً لقدر على دفع البينة بالجرح ولا يقدر على ذلك مع الغيبة.

قيل يمكنه بعد الحكم عليه أن يقيم البينة بالجرح فيسقطها وينتقض بها ما تقدم من الحكم فلم يمنعه نفوذ الحكم من استدراكه.

فأما الجواب عن الآية: فمن وجهين:

أحدهما: أنها في الحاضر، لأن الدعاء يكون للحاضر دون الغائب.

والثاني: أنه ذمه بالإعراض، وذمه أحق بوجوب الحكم عليه من إسقاطه عنه.

وأما الجواب عن الخبر فمن وجهين:

أحدهما: أنه قال: إذا أتاك الخصمان فكان وارداً في الحاضرين.

والثاني: أن اشتراط ذلك في الحاضر دليل على جوازه في الغائب لعدم الشرط.

وأما الجواب عن قياسه على الحاضر: فهو أنَّ سؤاله ممكن، وسؤال الغائب متعذر.

وأما الجواب عن قياسه على يمين المنكر، فهو وجود الدعوى في البينة، فجاز الحكم بها وعدم الدعوى في يمين المنكر فلم يجز الحكم بها.

وأما الجواب عن قياسه على الحكم للغائب، فهو أن لصاحب الحق تأخيره وليس لمن عليه الحق تأخيره.

فصل: القضاء على الغائب مخصوص ببعض الحقوق.

فإذا ثبت بما ذكرنا جواز القضاء على الغائب فهو مخصوص بحقوق الآدميين.

فأما حقوق الله تعالى التي تدرأ بالشبهات فلا يجوز القضاء بها على غائب كحد الزنا وحد الخمر لاتساع حكمها بالمهلة.

فإن كان مما يجمع فيه بين حق الله تعالى وحق الآدمي كالسرقة قضي على الغائب بالغرم ولم يقض عليه بالقطع إلا بعد حضوره.

ما على القاضي في الاستعداء إليه.

فإذا صحت هذه الجملة وجب أن نصف ما على القاضي في الاستعداء إليه والتحاكم عنده.

فإذا تشاجر خصمان في حق ودعا أحدهما صاحبه إلى الحضور معه عند الحاكم

وجب عليه إجابته والحضور لمحاكمته لقوله الله تعالى: ﴿إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا﴾.

فإن امتنع وحضر الطالب مستعدياً إلى القاضي على خصمه لم يخل حال الخصم من أن يكون حاضراً في بلد القاضي أو غائباً عنه.

الخصم الحاضر في بلد القاضي.

فإن كان حاضراً في بلده: وجب على القاضي إعداء المستعدي وإحضار خصمه لمحاكمته قبل سماع الدعوى وتحريرها سواء عرف أن بينهما معاملة أو لم يعرف.

وقال مالك: لا يجوز أن يحضره إذا كان من أهل الصيانة إلا أن يعلم أن بينهما معاملة أو خلطة فيحضره. وإن لم يعلمها لم يحضر احتجاجاً بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «لا يعدي الحاكم على خصم إلا أن يعلم بينهم معاملة» ولا مخالف له.

ولأن فيه استبذال أهل الصيانة بما لا يعلم استحقاقه فوجب حفظ صيانتهم إلا بموجب.

ودليلنا وهو قول الجمهور ما رواه النضر بن شميل عن الهرماس بن حبيب عن أبيه عن جده أنه استعدى رسول الله ﷺ على رجل في حق له فقال له الزمه.

ولم يستعلم ما بينهما من المعاملة فدل على عموم الإعداء في الجميع.

ولأن الحقوق قد تثبت تارة عن معاملة وتارة عن غير معاملة كالغصوب والجنايات فلم يجز أن تجعل المعاملة شرطاً في الإعداء.

ولأن الحقوق لا يجوز أن تضاع لحفظ الصيانة وإن لم يكن في الحضور للمحاكمة استبذال للصيانة. وقد قاضى عمر أبياً إلى زيد بن ثابت وقاضى علي يهودياً إلى شريح.

والخبر المروي عن علي غير ثابت ولو ثبت لكان القياس أقوى والعمل به أولى.

وعلى أنه يجوز للقاضي في أهل الصيانة إن يفردهم عن مجلس العامة وينظر بينهم في منزلة بحيث يحفظ به صيانتهم.

فصـل: [استدعاء الخصم.]

وإذا وجب على القاضي أن يعدي كل مستعد إليه إذا لم يعلم كذبه كان القاضي في إعدائه بالخيار بين أن ينفذ معه عوناً من أمنائه يحضره إليه وبين أن يختم له في طين بخاتمه المعروف يكون علامة استدعائه وبين أن يجمع له بين العون والختم بحسب ما يؤديه الاجتهاد إليه من قوة الخصم وضعفه.

فإن أخبر القاضي بامتناع الخصم من الحضور بعد استدعائه فإن أخبره العون الذي قد أئتمنه، قبل قوله من غير بينة وإن أخبره به المستعدي لم يقبل قوله إلا بشاهدي عدل.

وقال أبو حنيفة: يقبل قوله بقول شاهدين وإن لم تعرف عدالتهما.

والعدالة عندنا شرط في كل شهادة.

فإذا ثبت عند القاضي امتناعه من الحضور كان مخيراً فيه بحسب اجتهاده بين ثلاثة أمور.

إما أن يحضره جبراً بأهل القوة من أعوانه.

وإما أن ينهي أمره إلى ذي سلطان يحضره جبراً، بعد أن لا يهتك عليه ولا على حرمه ستراً.

وإما بما اختاره أبو يوسف، أن ينادي على بابه، بما يتوجه عليه في الامتناع وبما يمضيه عليه من الحكم.

فإذا تعذر حضوره مع هذه الأحوال كلها سأل القاضي هذا المدعي: ألك بينة؟.

فإذا كان له بينة أذن له في إحضارها وأمره بتحرير الدعوة وسمع ببينته بعد تحريرها، وحكم عليه بعد النداء على بابه، بإنفاذ الحكم عليه ويجري مجرى الغائب في الحكم عليه.

ولا يلزم القاضي في حق هذا المتواري أن يحلف المدعي أنه ما قبض هذا الحق ولا شيئاً منه، كما يحلفه للغائب لأن هذا قادر بحضوره على المطالبة بذلك لو أراد بخلاف الغائب فافترقا فيه.

فإن قال المدعي ليست لي بينة فقد اختلف أصحابنا: هل يكون هذا الامتناع من الحضور كالنكول في رد اليمين على المدعي أم لا؟ على وجهين: :

أحدهما: أنه لا يجعل نكولاً، لأن النكول بعد سماع الدعوى، وسؤاله عن الجواب، فيصيران شرطين في النكول، وهما مفقودان مع عدم الحضور.

والوجه الثاني: وهو أشبه أن يجعل كالنكول بعد النداء على بابه بمبلغ الدعوى وإعلامه بأنه يحكم عليه بالنكول لوجود شرطي النكول في هذا النداء، فعلى هذا يسمع القاضي الدعوى محررة، ثم يعيد النداء على بابه ثانية بأنه يحكم عليه بالنكول.

فإذا امتنع من الحضور بعد النداء الثاني، حكم بنكوله، ورد اليمين على المدعي، وحكم له بالدعوى إذا حلف.

استدعاء الخصم إن كان امرأة.

فإن كان الخصم المدعى عليه امرأة لم يخل حالها، من أن تكون برزة أو خفرة.

فإن كانت برزة ـ والبرزة التي تتظاهر بالخروج في مآربها غير مستخفية فتصير بهذا البروز كالرجل في وجوب الحضور للحكم.

وإن كانت خفرة والخفرة هي التي لا تتظاهر بالخروج في أرب وإن خرجت استخفت ولم تعرف فلا يلزمها الحضور مع هذا الخفر، وعلى القاضي إذا استعداه الخصم عليها أن يحكم بينها وبين خصمها في منزلها، إما بنفسه، أو بنائب عنه.

فإن اختلفت وخصمها في البروز والخفر، نظر فإن كانت من قوم الأغلب من حال نسائهم الخفر، فالقول قولها مع يمنيها، وإن كان قومها الأغلب من حال نسائهم البروز، فالقول قول الخصم مع يمينه.

فصل: [الخصم الغائب عن بلد القاضي.]

وإن كان الخصم المطلوب غائب عن بلد القاضي: لم يخل أن يكون في عمله، أو في غير عمله.

فإن كان في غير عمله، لم يكن له إحضاره لأنه لا ولاية له عليه.

وجاز له أن يسمع الدعوى والبينة عليه، ليكاتب به قاضي البلد الذي فيه المطلوب.

وله في مكاتبته حالتان:

إحداهما: أن يكاتبه بسماع البينة، ليتولى المكتوب إليه الحكم بها على المطلوب فهذا جائز عند من يرى القضاء على الغائب وعند من لا يراه.

والحال الثانية: أن يحكم بالبينة بعد سماعها ويكاتب القاضي بحكمه، فهذا جائز عندنا وعند من يرى القضاء على الغائب، ولا يجوز عند أبي حنيفة ومن لا يرى القضاء على الغائب.

وعليه في هذا القضاء على الغائب أن لا يحكم له بعد سماع البينة إلا بعد احلافه بالله إن كان الحق في ذمة: أنه ما قبضه، ولاشيئاً منه ولا برىء إليه منه ولا من شيء منه، وإن كان الحق في عين قائمة أحلفه، أن ملكه عليها باق ما زال عنها ولا عن شيء منها.

وإنما أحلفه قبل الحكم؛ لأن المحكوم عليه لو كان حاضراً لجاز أن يدعي ذلك، فيستحق اليمين فلم يكن له إمضاء الحكم مع هذا الاحتمال، إلا بعد الاحتياط فيه.

وذهب بعض أصحابنا وهو الحسين بن علي الكرابيسي إلى أن القاضي يطالب المحكوم له بكفيل، لجواز أن يتجدد ما يوجب بطلان الحكم فيؤخذ به الكفيل.

وذهب جمهور أصحابنا وهو قول أكثر الفقهاء إلى أن مطالبته بالكفيل لا تجب لأمرين:

أحدهما: أنها كفالة بغير مستحق.

والثاني: أن قضاءه على الغائب كقضائه على الميت والصبي، وليس يلزم أخذ الكفالة في القضاء عليهما، كذلك لا تلزم في القضاء على الغائب.

ويشترط القاضي في حكمه على الغائب أنه قد جعله على حق وحجة إن كانت له لئلا يقتضي إطلاق حكمه عليه إبطال حججه وتصرفه.

وإن كان الخصم المطلوب غائباً في إعمال هذا القاضي: لم يخل أن يكون له فيه نائب مرتب للأحكام عموماً أو خصوصاً.

فإن كان له نائب في بلد الغائب لم يلزمه إحضاره وكان بالخيار في الأصلح للخصم من إنفاذه إلى خليفته لمحاكمة خصمه، أو سماع البينة عليه ومكاتبة خليفته به.

وإن لم يكن في بلد الغائب خليفة فقد قال أبو يوسف: إن كان على مسافة يرجع منها إلى وطنه قبل منام الناس أحضره وإن بعد عنها لم يحضره.

وعند الشافعي يحضر إن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة.

واختلف أصحابنا إن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة: .

فذهب أكثرهم وهو الظاهر من مذهب الشافعي إلى أنه يحضره للمحاكمة لئلا يتمانع الناس في الحقوق بالتباعد.

وذهب بعضهم إلى أنه لا يجب إحضاره، لأنه لما كانت مسافة القصر شرطاً في انتقال ولاية الغائب في النكاح إلى الحاكم، دل ذلك على اعتبار في إحضار الخصم، وهذا غير صحيح، للتعليل المتقدم.

وإذا لزم إحضار الغائب على ما بيناه لم يجز للقاضي أن يحضره إلا بعد تحرير الدعوى وصحة سماعها؛ لأنه قد يجوز أن يدعي ما لا تصح فيه الدعوى.

حكي أن رجلين تقدما إلى قاضٍ، فقال أحدهما: إن أخا هذا قتل أخي، فقال القاضي للمدعى عليه ما تقول؟ فقال: إن غير هذا قتله غيري فماذا علي.

وهذا جواب صحيح عن فساد هذه الدعوى، وكان من صحتها أن يقول: إن أخاه قتل أخي، وأنا وارثه، وهذا من عاقلته، لتتوجه له المطالبة بهذه الدعوى.

ولذلك لم يجز أن يحضر الغائب إلا بعد تحرير الدعوى بما يصح سماعها والحكم فيها ببينة أو يمين.

ولو كان الدعوى على حاضر في البلد، جاز للقاضي إحضاره قبل تحرير الدعوى.

والفرق بينهما أن في إحضار الغائب مشقة، فلم يلزم إلا بعد تحرير الدعوى، وليس في إحضار من في البلد مشقة، فجاز إحضاره قبل تحرير الدعوى.

فصل: سير الدعوى حين حضور الخصمين

فإذا تقرر ما وصفنا، من واجب إعداء المستعدي، وحضر الخصمان مجلس الحكم، ففصل الحكم بينهما يشتمل على ستة فصول:

أحدها: ابتداء المدعي بتحرير الدعوى، لتنتفي عنها الجهالة، إلا فيما يصح تمليكه مع الجهالة كالوصايا فيجوز أن يدعيها مجهولة لأنه يجوز أن يتملكها مجهولة ولا تصح الدعوى فيما عداها إلا معلومة.

فإن قيل: لو أقر بمجهول جاز فهلا جاز أن يدعي مجهولاً.

قيل: لوقوع الفرق بينهما بأنه قد تعلق بالإقرار حق لغيره فلزم بالمجهول خيفة إنكاره ولم يتعلق بالدعوى حق لغيره.

منع الجهالة.

وإذا كان كذلك فالدعوى على ضربين:

أحدهما: أن تكون مما لا ينقل من دار وعقار فالعلم بها يكون بثلاثة أشياء: ذكر بلدها، وذكر مكانها، وذكر حدودها الأربعة.

فإن ذكر ثلاثة حدود منها، لم يقنع وأجازه أبو حنيفة.

وإن اشتهرت الدار باسم في البلد لا يشاركها غيرها فيه، ميزها بذكر الاسم، لأنه زيادة علم.

ولفظ الدعوى في مثلها، أن يقول: لي في يده، ولا يقول: لي عليه، ولا عنده.

ثم يصل هذه الدعوى، بأن يقول: وقد غلبني عليها بغير حق، أو قد باعها علي ولم يسلمها، ولا يلزم معه البيع إلا بعد أن يختلفا فيه، فتنتقل الدعوى إلى البيع فتوصف.

فإن كانت الدار في يد المدعي، لم تصح الدعوى إلا أن يتعلق له بها حق على المدعى عليه، من أجرة سكناها، أو قيمة مستهلك منها.

فإن قال وقد نازعني فيها لم تصح، لأن المنازعة دعوى تكون من غيره لا منه.

وإن قال قد عارضني فيها بغير حق، فقد اختلف أصحابنا في صحة هذه الدعوى.

فقال أبو حامد تصح هذه الدعوى، ويسأل الخصم عنها، لأن في المعارضة رفع يد مستحقه.

وقال بعضهم: لا تصح هذه الدعوى، حتى يصف المعارضة بما تصح به الدعوى.

الضرب الثاني: أن تكون الدعوى فيما ينقل، فهي على ضربين:

أحدهما: أن تكون في الذمة.

فقد يستحق ذلك من خمسة أوجه: ثمن، وأجرة، وقرض وقيمة متلف وعقل سلم.

ولفظ الدعوى فيه أن يقول: لي عليه، ولا يقول لي بيده.

فإن قال: «لي عنده»، جاز عندنا، ولم يجز عند أبي حنيفة.

وإنما جوزناه لأن عند قد تستعمل في موضع على اتساعاً.

وهو في هذه الدعوى مخير بين أن يذكر سبب الاستحقاق من أحد هذه الوجوه الخمسة أو لا يذكره، بعد أن يصف ما يدعيه في الذمة، بما ينفيه عنه الجهالة.

فإن كان من سلم استوفى أوصاف السلم كلها.

وإن كان من ثمن، أو أجرة، أو قيمة متلف، صار معلوماً بأربعة أشياء: ذكر قدره، وذكر جنسه، وذكر نوعه، وذكر صفته.

فالقدر: أن يقول: ألف أو مائة.

والجنس: أن يقول: دراهم أو دنانير.

والنوع: أن يقول في الدراهم: بيض أو سود، وفي الدنانير مشرقية أو مغربية، وإن نسبت إلى طابع ذكر الطابع، لا سيما إذا اختلفت به القيمة.

والصفة: أن يقول: عتق أو جدد، صحاح أو كسور، فإن لم يختلف عتقها وجددها، ولا صحاحها وكسورها، لم يلزمه ذكر هذه الصفة.

ولا يجوز أن يطلق ذكر الدارهم والدنانير في الدعوى، وإن جاز إطلاقاً في الأثمان، لأمرين:

أحدهما: إن زمان العقد يقيد صفة الأثمان بالغالب من النقود، ولا يتقيد ذلك بزمان الدعوى لتقدمها عليه.

والثاني: لجواز أن يكون الثمن في الدعوى مشروطاً من غير الغالب.

والضرب الثاني: أن تكون الدعوى قائمة فهي على ضربين:

أحدهما: أن تكون حاضرة فتصح الدعوى لها بالإشارة إليها، من غير ذكر الصفة.

ولفظ الدعوى: أن يقول: لي في يده هذا العبد، أو هذه الدابة. فإن قال: لي عنده، جاز. وإن قال: لي عليه، جاز عند بعض أصحابنا ولم يجز عند بعضهم.

والضرب الثاني: أن تكون العين غائبة فهي على ضربين:

أحدهما: أن تضبط بالصفة، كالحبوب، والأدهان، مما له مثل فيصفها، ولا تحتاج إلى ذكر قيمتها، لأن القيمة لا تستحق في ذي المثل.

وإن كان مما يضبط بالصفة وليس بذي مثل، كالثياب والحيوان، لزم أن يستوفي جميع أوصافه، ويستظهر بذكر قيمته، لجواز أن يستحقها مع التلف، فإن أغفل القيمة جاز مع بقاء العين لأنها غير مستحقة.

والضرب الثاني: أن تكون مما لا تضبط بالصفة كاللؤلؤ، والجوهر، فعليه في الدعوى ذكر الجنس والنوع، وإن كان مختلف الألوان ذكر اللون، ثم حرر الدعوى ونفى الجهالة بذكر القيمة، لأنه لا يصير معلوماً إلا بها.

فهذا شرح ما تصير الدعوى به معلومة يصح سماعها والسؤال عنها فإن قصر فيها المدعي للقاضي أن يسأله عما قصر فيه ولا يبتدئه بالتعليم.

فإن علمه تحرير الدعوى فقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: يجوز وهو قول أبي سعيد الإصطخري.

والثاني: لا يجوز وهو قول الأكثرين كما لا يجوز أن يعلمه احتجاجاً ولا يلقنه إقراراً، وإنكاراً، فهذا حكم الدعوى.

فصل: والفصل الثاني في سؤال المدعى عليه.

والأولى فيه أن يسأل المدعي القاضي بعد استيفاء دعواه مطالبة خصمه بما ادعاه عليه.

فللقاضي حينئذ أن يسأل المدعى عليه، فيقول: قد سمعت ما ادعاه عليك فما تقول فيه؟.

فإن أجاب بإقرار أو إنكار كان جواباً مقنعاً.

ولو قدم المدعى عليه جواب الدعوى قبل سؤاله عنها، فإن كان جوابه إقرار أخذ به، وصار القاضي فيه حاكماً بعلمه.

فإن أجزأه ذلك أمسك عن سؤاله لاعترافه بالمراد منه.

وإن منع من الحكم بعلمه صار شاهداً فيه، ولم يجز أن يحكم به عليه إلا أن يقر بعد سؤاله، ويكون وجوب سؤاله باقياً.

وإن كان جوابه إنكاراً لم يقنع وسئل عن الجواب، حتى يكون إنكاره بعد السؤال، فيصح منه الجواب، لأن ما تقدم على السؤال لا يكون جواباً.

فإن بدأ القاضي بسؤال المدعى عليه، من غير أن يطالبه المدعي بسؤاله، ففي جوازه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: لا يجوز سؤاله لأنه من حقوق المدعي، فلم يجز أن ينفرد به القاضي ويكون السؤال لغواً يعتد فيه بإقرار المدعى عليه ولا يعتد فيه بإنكاره كما لو ابتدأ بالجواب قبل السؤال.

والوجه الثاني: يجوز هذا السؤال ويصح ما يعقبه من الجواب؛ لأن شاهد الحال يدل على إرادة المدعي لسؤاله فأغنى ذلك عن سؤاله.

ولو أن المدعي تفرد بسؤال المدعى عليه لم يلزم الجواب عنه، حتى يكون القاضي هو السائل له فيلزمه الجواب لأن حق المدعي مختص بالمطالبة دون السؤال.

فإن أجابه المدعى عليه عن سؤاله بإقرار أو إنكار، فهل يقوم سؤاله مقام سؤال القاضي أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقوم مقام سؤاله، إذا قيل إن القاضي لا يسأل إلا بعد مطالبة المدعي بالسؤال، فعلى هذا يكون حكم جوابه للمدعي كحكم جوابه للقاضي في الحكم بإقراره وإنكاره.

والوجه الثاني: أنه لا يقوم سؤال المدعي مقام سؤال القاضي، إذا قيل إن للقاضي أن يبدأ بسؤاله قبل مطالبة المدعي به فعلى هذا يكون جوابه كما لو ابتدأ به من غير سؤال من إلغاء إنكاره ويصير في إقراره كالحاكم فيه بعلمه.

فصار جوابه مع هذا التفصيل في السؤال، منقسماً أربعة أقسام:

أحدها: أن يسأل القاضى بعد سؤال المدعي.

والثاني: أن يسأل القاضي قبل سؤال المدعي.

والثالث: أن يبتدىء المدعى عليه بالجواب قبل السؤال.

والرابع: أن يسأله المدعي فيجيب وقد بينا حكم كل واحد من هذه الأقسام.

فصل: والفصل الثالث في جواب المدعى عليه.

وليس تخلو حاله بعد سؤاله عن الدعوى من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقر.

والثاني: أن ينكر.

والثالث: أن لا يقر ولا ينكر.

فأما القسم الأول: إذا أقر؛ فقد ثبت الحق عليه بإقراره.

وليس للقاضي أن يحكم عليه به ويلزمه أداؤه إلا بعد أن يسأله المدعي أن يحكم عليه بإقراره، لأنه لا يجوز أن يحكم لغير طالب فيقول القاضي للمدعي قد أقر لك بما ادعيت فماذا تريد؟.

ولا يقول له: قد سمعت إقراره، لأن قوله قد أقر حكم بصحة الإقرار، وليس قوله قد سمعت الإقرار حكماً بصحة الإقرار.

فإن لم يطالبه المدعي بالحكم أمسك عنه، وصرفهما.

وكان للمدعي أن يتنجّز من القاضي محضراً بثبوت الحقوق دون الحكم به.

ولم يكن له ملازمة المقر قبل الحكم.

وإن سأله الحكم عليه بإقراره، حكم بأحد ثلاثة ألفاظ: إما أن يقول: قد حكمت عليك بإقرارك، وإما أن يقول: قد ألزمتك ما أقررت به، وإما أن يقول: اخرج إليه من حقه في إقرارك.

وللمدعي أن يتنجز من القاضي محضراً، بثبوت الحق، وبإنفاذ حكمه به.

وله ملازمة المقر حتى يخرج إليه من حقه.

وليس له مطالبته بكفيلٍ، إلا أن يتفقا عليه عن تراض.

ولا يسقط حقه من ملازمته بإقامة الكفيل، سواء كفل بنفسه أو بما عليه لأن الكفالة وثيقة، فلم تمنع من الملازمة كما لم تمنع من المطالبة.

فإن اتفقا عن الكفالة على تخلية سبيله، لم يلزم هذا الاتفاق، وكان له أن يعود إلى ملازمته بعد تخليته، لأنه حق له، إلى أن يستوفي حقه.

وأما القسم الثاني: وهو أن ينكر الدعوى، فيجوز للقاضي أن يقول للمدعي: قد أنكرك، ويجوز أن يقول له قد سمعت إنكاره، بخلافه في الإقرار الذي قدمناه لتردد الإقرار بين صحة وفساد، وعدمه في الانكار.

ويكون القاضي في إخباره بالإنكار بين خيارين.

إما أن يقول له: قد أنكرك فهل لك بينة؟ وإما أن يقول له: قد أنكرك فما عندك فيه؟.

و الأول أولى، مع من جهل، والثاني أولى مع من علم.

ويكون الحكم في إنكار الدعوى موقوفاً على بينة المدعي في إثبات الحق بها، وعلى يمين المنكر عند عدمها لإسقاط المطالبة بها.

وللمدعي للخيار في إقامة البينة؛ لأنها من حقوقه، فلم يجبر على إقامتها.

وللمنكر الخيار في اليمين؛ لأنها من حقوقه، فلم يجبر على الحلف بها والحكم فيها، على ما سنذكره.

فلو أنكر المدعى عليه، وقال: ما لك عليَّ شيء، فقال له المدعي: نعم كان تصديقاً له على الإنكار وبطلت به دعواه.

ولو قال: بلى، كان تكذيباً له على الإنكار، ولم تبطل به دعواه.

والفرق بينهما أن نعم جواب الإيجاب، وبلى جواب النفي.

وهذا حكمه فيمن كان من أهل العلم بالعربية.

وفي اعتباره فيمن كان من غير أهل العلم بها وجهان على ما ذكرنا في كتاب الإقرار.

وأما القسم الثالث: وهو أن لا يقر بالدعوى ولا ينكرها، فله حالتان:

إحداهما: أن يكون غير ناطق لخرس أو صمم.

فإنكان مفهوم الإشارة صار بها كالناطق فيجري عليه حكم الناطق.

وإن كان غير مفهوم الإشارة صار كالغائب فيجري عليه حكم الغائب.

والحال الثانية: أن يكون ناطقاً فامتناعه من الإقرار والإنكار قد يكون من أحد وجهين:

إما بأن يقول: لا أقر ولا أنكر، وأما بأن يسكت فلا يجيب بشيء فيجري عليه حكم الناكل.

ولا يحبس على الجواب.

وقال أبو حنيفة: احبسه حتى يجيب بإقرار أو إنكار وبناه على أصله في الحكم بالنكول، ونحن لا نحكم به، فلا نحبسه عليه وسنذكر حكم النكول.

فصل: والفصل الرابع في سماع البينة:

والبينة تسمع على المنكر دون المقر.

لأن الإقرار أصل هو أقوى والبينة فرع هو أضعف، ولم يجز ترك الأقوى بالأضعف.

شروط سماع البينة.

ولسماعها أربعة شروط:

أحدها: أن تكون موافقة للدعوى.

فإن خالفتها في الجنس لم تسمع.

وإن خالفتها في القدر إلى نقصان حكم في القدر بالبينة دون الدعوى.

وإن خالفتها إلى زيادة حكم في القدر بالدعوى دون البينة ما لم يكن من المدعي تكذيب للبينة في الزيادة فإن أكذبها فيه ردت ولم يحكم بها.

والشرط الثاني: أن يتفق شاهدا البينة على الشهادة.

فإن اختلف الشاهدان في الجنس ردت.

وإن اختلفا في القدر تمت في الأقل دون الأكثر.

والشرط الثالث: أن تسمع بعد الدعوى والإنكار.

فإن سمعت قبل الدعوى لم تجز.

وإن سمعت بعد الدعوى وقبل الإنكار، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز سماعها لوجودها بعد الطلب.

والوجه الثاني: لا يجوز سماعها حتى تؤدى بعد الإنكار لتقدمها على زمانها.

والشرط الرابع: أن يكون الأداء بلفظ الشهادة دون الخبر، فيقول أشهد أنه أقر عندي وأشهدني على نفسه، أن عليه لفلان كذا، وإن كانت الشهادة على إقرار.

فإن قال أشهد أنه أقر عندي ولم يقل وأشهدني على نفسه، فإن لم يجعل الاسترعاء شرطاً في تحمل الإقرار صح هذا الأداء.

وإن جعل الاسترعاء شرطاً في تحمله لم يصح.

وإن كانت الشهادة على غير إقرار كالثمن في بيع حضره أو صداق في نكاح شهده أو قرض شاهده، ففي لزوم ذكره للسبب في أدائه وجهان، كقوله في أداء الإقرار وأشهدني بناء على اعتبار الاسترعاء في التحمل.

فأما إن شهد بلفظ الخبر فقال له عليه كذا، أو أعلم أن له عليه كذا، أو أقر عندي أن عليه كذا لم تصح هذه الشهادة، ولم يجز الحكم بها لأن الخبر حكاية حال مضافة إلى المشهود عليه، فلم يتعلق بها الإلزام إلا بالشهادة المضافة إلى الشاهد.

فإذا تقرر اعتبار هذه الشروط الأربعة في صحة الشهادة لم يكن للقاضي أن يسمعها إلا بمسألة المدعي لأن سماعها حق له.

والأولى أن يسمعها على المدعى عليه في عينه وبمشهده.

فإذا سمعها لم يكن له أن يحكم بها، إلا أن يسأله المشهود له أن يحكم له ببينته.

فإذا سأله الحكم فالأولى أن لا يحكم إلا بعد إعلام المشهود غليه أنه يحكم عليه بالبينة، ليذكر ما لعله أن يكون عنده من الأسباب التي ترد بها الشهادة، أو يقر فيكون الإقرار أقوى من الشهادة.

فإن حكم بها قبل إعلام المشهود عليه جاز.

وإن حكم بها قبل مسألة المشهود له ففي جوازه وجهان مبنيان على اختلاف الوجهين في جواز سؤال القاضي المدعى عليه قبل أن يطالبه المدعي بسؤاله:

أحدهما: لا يجوز حكمه، لأنه حكم لغير طالب.

والوجه الثاني: يجوز حكمه لأن شواهد الحال تدل على الطلب.

فإن قال المدعى عليه قبل الشهادة: ما يشهد به هذان الشاهدان علي فهو حق لم يكن إقراراً منه بما يشهدان به لتقدمه على الشهادة.

ولو قال بعد الشهادة: ما شهدا به علي حق كان إقراراً.

ولو قال ما شهدا به علي صدق لم يكن إقراراً.

والفرق بينهما أن الحق ما لزم فلم يتوجه إليه احتمال، والصدق قد يكون فيما قضاه، فتوجه إليه الاحتمال.

وإذا حكم عليه بالبينة لم يلزم إحلاف المدعي مع بينته، وهو قول جمهور الفقهاء.

وقال ابن أبي ليلى: لا أحكم له بالبينة حتى يحلفه معها، كما لا أحكم له على غائب إلا بعد يمينه.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: إن في إحلافه مع بينته قدحاً فيها.

والثاني: أنه يحلف في الغائب، لجواز أن يكون قد قضاه، والحاضر لو قضاه لذكره.

فلو أخر المدعي إحضار بينته، وأراد ملازمة خصمه على إحضاره، سأله القاضي عنها، فإن كانت غائبة لم يكن له ملازمة الخصم وقيل له لك الخيار في تأخيره إلى حضور بينتك، أو تحلفه فتسقط الدعوى، فإن حضرت بينتك لم تمنع اليمين من سماعها.

وإن كانت البينة حاضرة في البلد، فأراد ملازمته على حضورها كان له أن يلازمه ما كان مجلس الحكم في يومه باقياً.

فإذا انقضى المجلس لم يكن له ملازمته ما لم تشهد أحواله بوجود البينة.

فإن شهدت أحواله بوجود البينة جاز أن يلازمه إلى غاية أكثرها ثلاثة أيام لا يتجاوزها.

ولا يلزمه إقامة كفيل بنفسه.

وقال أبو حنيفة: له أن يلازمه أبداً ما كان حضورها ممكناً أو يعطيه كفيلاً بنفسه لرواية الهرماس بن حبيب عن أبيه عن جده أنه استعدى رسول الله ﷺ على رجل في حق له، فقال له: الزمه.

ودليله مارواه سماك عن علقمة بن وائل عن أبيه وائل بن حجر أن رجلاً من حضرموت ورجلاً من كنده أتيا رسول الله ﷺ فقال الحضرمي: هذا غلبني على أرض ورثتها من أبي، وقال الكندي: أرضي وفي يدي أزرعها لا حق له فيها فقال النبي ﷺ للحضرمي: «شاهداك أو يمينه» فقال: إنه فاجر لا يتورع من شيء فقال: «ليس لك إلا ذلك» فنفى استحقاق الملازمة.

فأما الجواب عن الخبر فهو أنه إذن في الملازمة على حق، والحق ما ثبت وجوبه.

فصـل: والفصل الخامس: في إحلاف المنكر.

وإحلافه حق للمدعي، فلا يجوز للقاضي أن يحلفه إلا بعد مطالبة المدعي بإحلافه.

فإن كان المدعي عالماً باستحقاق اليمين عند عدم البينة، وإلا أعلمه القاضي أنه قد وجب له اليمين عليه، ليرى رأيه في إحلافه أو تركه.

وإذا كان ذلك إلى خياره فله حالتان:

إحداهما: أن يترك إحلافه فلا يسقط حقه من اليمين متى أراد إحلافه بالدعوى المتقدمة. ولو قال قد عفوت عن اليمين وقد أبرأته منها سقط حقه منها في هذه الدعوى ولم تسقط الدعوى فإن أراد إحلافه من بعد لم يجز أن يحلفه بالدعوى المتقدمة ويجوز أن يستأنف الدعوى فيحلفه بالدعوى المستأنفة.

والحال الثانية: أن يسأل إحلافه فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: أن يمسك عن ذكر بينته عند سؤاله إحلاف خصمه، فلا يذكر أن له بينة ولا أن ليست له بينة، فليس للقاضي أن يلزمه ذكر البينة، وعليه أن يحلف له خصمه.

فإن أحضر المدعي بعد إحلاف خصمه بينة سمعها، وحكم عليه بها، وبه قال أبو حنيفة وأكثر الفقهاء.

وقال ابن أبي ليلى، ومالك، وأبو عبيد، وإسحاق، وداود: لا يسمعها لانفصال الحكم باليمين، ولأن سقوط الدعوى بها موجب لسقوط الحق.

وهذا غير صحيح؛ لأن البينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة.

ولأن في البينة إثباتاً، وفي اليمين نفياً، والإثبات أولى من النفي.

ولأن اليمين تكون مع عدم البينة، فإذا وجد البينة سقط حكم اليمين.

وليس سقوط الدعوى موجباً لسقوط الحق؛ لأن الحقوق لا تسقط إلا بقبض أو إبراء وليست اليمين بقبض ولا إبراء.

والضرب الثاني: أن يذكر المدعي أن له بينة غائبة، ويسأل أحلاف خصمه فعلى القاضي أن يحلفه لأن الغائبة كالمعدومة، لأنه يجوز أن تقدم ولا تقدم؛ ولأن الحكم إذا وجب تعجيله لم يجز تأخيره.

فإن أحلفه وحضرت البينة جاز أن يسمعها ويحكم بها على ما ذكرنا.

والضرب الثالث: أن يذكر أنه له بينة حاضرة، ويسأل إحلافه مع حضور بينته، ففي جواز إحلافه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي حنيفة ليس له إحلافه لأن مقصود المدعي إثبات الحق دون إسقاطه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي يوسف، والأظهر من مذهب الشافعي، له إحلافه لجواز أن يتورع عن اليمين فيعترف، والإقرار أقوى من البينة.

فإن أحلفه وأراد إقامة البينة سمعت.

ولو أقامها قبل إحلافه وأراد إحلافه بعد إقامتها لم يجز لعدم تأثيرها.

فلو قال المدعي: إن حلف فهو بريء فحلف لم يمنع ذلك من سماع البينة لأن البراءة لا تقع بالصفات.

والضرب الرابع: أن يذكر أن لا بينة له حاضرة ولا غائبة، ويسأل إحلافه فعلى القاضي أن يحلفه.

فإن أحلفه ثم أحضر بعد يمينه بينة فقد اختلف أصحابنا في سماعها على وجهين:

أحدهما: وهو قول الأكثرين أنه لا يسمعها منه لأنه قد أكذبها بإنكارها.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي سعيد الإصطخري: أنه يسمعها منه، لأنه قد لا يعلم أنه له بينة ثم يعلم، ولو علم لكان ذلك كذباً منه ولم يكن تكذيباً للبينة.

فإذا تقرر ما ذكرنا، ووجب إحلاف المنكر، فلا يجوز للقاضي أن يحلفه قبل مسألة المدعي.

واختلف أصحابنا هل يجوز للقاضي أن يعرض عليه اليمين قبل مسألة المدعي؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي حنيفة: لا يجوز كما لم يجز له إحلافه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج يجوز أن يعرضها وإن لم يجز أن يحلفه بها ليعلم إقدامه عليها فيغطه أو يوقفه عنها فيحذره فإن استمهل المنكر في اليمين فإن كان استمهاله ليراجع النظر في حسابه أمهله بحسب ما يمكنه مراجعة الحساب، وإن استمهله لغير ذلك لم يمهله ولم يحبسه على اليمين، وكان على ما سنذكره من حكم النكول.

فلو سأل المنكر إحلاف المدعي على ما ادعاه لم يكن له إحلافه؛ لأن اليمين حق عليه وليست حقاً على المدعي وقيل إنما يحلف المدعي بعد نكولك إن اختار.

ولو سأل المدعي تأخير إحلاف المنكر، ليغلظ عليه اليمين بإحلافه بعد العصر

أو في الجامع، كان له ملازمة المنكر إن استحق تغليظها ولم يكن له ملازمته إن لم يستحق تغليظها.

فلو كانت الدعوى تشتمل على أنواع فأراد المدعي أن يحلفه على أحدها ويتوقف عن إحلافه فيما عداه جاز.

وإن أراد أن يحلفه على كل نوع منها يميناً يميناً، نظر: فإن فرقها في الدعوى جاز أن تفرق في الأيمان، وإن جمعها في الدعوى لم يجز أن تفرق في الإيمان.

ولو اشترك في الدعوى اثنان فأنكرهما وجب أن يحلف لكل واحد منهما يميناً ولا يجمع بينهما في اليمين الواحدة؛ لأن كل واحد منهما مستحق ليمين في حقه فلم يجز أن تتبعض يمينه في حقهما.

فإن رضيا أن يحلف لهما يميناً واحدة ففي جوازها لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يجوز لوقوف اليمين على خيار المدعي.

والوجه الثاني: لا يجوز لما فيه من تبعيض اليمين؛ فعلى هذا إذا أحلفه لهما يميناً واحدة لم يعتد بها واستأنف إحلافه لكل واحد منهما يميناً مفردة.

وقد أحلف إسماعيل بن إسحاق القاضي يميناً واحدة في حق شريكين فأنكره عليه فقهاء عصره لأنه قد يكون الحق دعوى أحدهما صحيحة فإذا أحلف أنه لا حق لهما عليه كان صادقاً لأن الحق لهما.

فصـل: والفصل السادس في حكم النكول.

وهو أن تجب على المنكر اليمين فيمتنع منها، أو يقول: قد نكلت عنها أو يقول: لست أحلف، فيصير بجميع ذلك ناكلاً فلم يحكم عليه بالنكول وإن خالفنا فيه أبو حنيفة على ما سنذكره من بعد، وإنما يوجب نكوله رد اليمين على المدعي ليحكم له بيمينه ولا يحكم له بنكول خصمه.

وإذا صار المنكر ناكلاً، فإن لم يعرف حكم النكول وجب على القاضي أن يعلمه حكمه، وأنه يوجب رد اليمين على المدعي، ليحكم له بيمينه، وإن عرف حكم النكول استغنى القاضي بمعرفته عن إعلامه، ولكن يقول له إن أقمت على امتناعك جعلتك ناكلاً.

واختلف أصحابنا بماذا يستقر نكوله؟ على وجهين:

أحدهما: قول أبي العباس بن سريج: يستقر نكوله بإعلامه ولو كان بدفعة واحدة.

والوجه الثاني: وهو قول أهل العراق: لا يستقر النكول إلا بأن يعرضه عليه ثلاثاً هي حد الاستظهار.

واختلف أصحابنا بعد استقرار النكول هل يفتقر إلى حكم القاضي به قبل رد اليمين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه لا يرد اليمين على المدعي إلا بعد أن يقول للمنكر قد حكمت عليك بالنكول لما فيه من الاجتهاد فإن ردها عليه قبل حكمه به لم يصح.

والوجه الثاني: يجوز أن يردها على المدعي وإن لم يقل قد حكمت عليك بالنكول، لأن ردها عليه حكم بالنكول.

فلو بذل المنكر اليمين بعد الحكم بنكوله لم يجز إحلافه لانتقال اليمين إلى المدعي.

فإن حلف المدعي حكم له، وإن استمهل للنظر في حسابه أمهل.

وإن توقف عن اليمين لغير استمهال فقد اختلف أصحابنا في الحكم عليه بالنكول في يمين النكول على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: يحكم عليه بالنكول كما حكم على المنكر بالنكول، فإن رام أن يحلف بعد الحكم بنكوله لم يجز، كما لو رامه المنكر.

والوجه الثاني: وهو أظهر أنه لايحكم عليه بالنكول، وإن حكم على المنكر بالنكول.

والفرق بينهما أن نكول المنكر يتعلق به حق لغيره، ولايتعلق بنكول المدعي حق لغيره، ويكون له أن يحلف متى شاء ويستحق.

حضور الخصم قبل نفوذ الحكم واطراده جرح الشهود.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَنْبَغِي إِذَا حَضَرَ أَنْ يَقْرَأَ عَلَيْهِ مَا شَهِدُوا بِهِ عَلَيْهِ وَيَنْسَخُهُ أَسْمَاءَهُمْ وَأَنْسَابَهُمْ وَيَطْرُدُهُ جَرْحُهُمْ فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ حَكَمَ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة، فذهب بعضهم إلى أنها مصورة في حاضر سمعت البينة عليه قبل جوابه عن الدعوى، وهذا قول من أجاز ذلك منهم، فإذا حضر مجلس الحكم بعد سماع البينة عليه أعلمه القاضي أسماء الشهود، وأطرده جرحهم، فإن أثبت ما يوجب سقوط شهادتهم أسقطها، وإلا حكم بها وأمضاها.

وقال آخرون بل هي مصورة في غائب سمعت عليه البينة ثم قدم قبل نفوذ الحكم

بها فيعلمه القاضي ما ثبت عنده بالبينة ويعرفه أسماء الشهود وأنسابهم ويطرده جرحهم وهذا قول من منع من سماع البينة على الحاضر قبل جوابه عن الدعوى.

وفي قول الشافعي ويطرده جرحهم تأويلان متضادان:

أحدهما: معناه يمهله ويؤخره، حتى يقيم بينة بجرحهم.

والثاني: بل معناه يضيق عليه ولا يؤخره.

وعلى كلا التأويلين لا بد أن يمهله قدر مايمكنه إقامة البينة الحاضرة بجرحهم ولا يزيده على ثلاثة أيام لتطاول الزمان بما زاد عليها ويجتهد رأيه فيما دون الثلاث بحسب الحال وعظم البلد وصغره.

فإذا قدر له مدة أنظره بها فلم يأت فيها بالبينة على الجرح أنفذ الحكم عليه بالشهادة.

وإن أتى بالبينة في مدة إنظاره بجرح الشهود بعد ثبوت عدالتهم سأل شهود الجرح عن زمانه فإنه لا يخلو جوابهم من ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يشهدوا بجرحهم في زمان شهادتهم فهذا موجب لإسقاطها، وإبطال الحكم بها، لأن بينة الجرح أثبت من بينة التعديل سواء كان القاضي قد أنفذ الحكم بشهادتهم أو لم ينفذ.

والحال الثانية: أن يشهدوا بجرحهم قبل زمان شهادتهم، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بين الزمانين من التطاول ما يصلح فيه حال المجروح فلا يوجب سقوط شهادتهم وتكون بينة التعديل أولى.

والضرب الثاني: أن يقصر ما بين الزمانين عن أن يصلح فيه حال المجروح فيجب سقوط شهادتهم وتكون بينة الجرح أولى.

والحال الثالثة: ان يشهدوا بجرحهم بعد زمان شهادتهم، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الجرح بعد نفوذ الحكم بشهادتهم فلا يؤثر فيه ما حدث بعده من جرحهم.

والضرب الثاني: أن يكون الجرح بعد شهادتهم وقبل نفوذ الحكم بها فيتوقف عن إنفاذ الحكم بشهادة مجروحين.

فأما إن ادعى المشهود عليه قضاء الدين كان تصديقاً للشهادة فلم تسمع منه بينة الجرح وطولب بالبينة على القضاء.

فإن أقامها، سقط الحق عنه، وإن عدمها أحلف الشهود له وحكم له بالحق.

فصل: فيما يتعلق بشهادة الزور

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا عَلِمَ مِنْ رَجُلٍ بِإِقْرَارِهِ أَوْ تَيَقَّنَ أَنَّهُ شَهِدَ عِنْدَهُ بِزُورٍ عَزَّرَهُ وَلَمْ يَبْلُغْ بالتَّعْزِيرِ أَرْبَعِينَ سَوْطاً وَشَهَرَ أَمْرَهُ فَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ المَسْجِدِ وَقَفَهُ فِيهِ وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ قَبِيلٍ وَقَفَهُ فِي قَبِيلِهِ أَوْ فِي سُوقِهِ وَقَالَ إِنَّا وَجَدْنَا هَذَا شَاهِدَ زُورٍ فَاعْرِفُوهُ».

حكم شهادة الزور

قال الماوردي: أما شهادة الزور فمن الكبائر.

روى خريم بن فاتك قال: صلى رسول الله ﷺ صلاة الصبح فلما انصرف قام قائماً وقال «عدلت شهادة الزور بالإشراك بالله ثلاث مرات» ثم تلا قول الله تعالى: ﴿**فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور**﴾ [الحج: ٣٠].

وروى محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي ﷺ إنه قال: «إن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار».

ما يتعلق بشهادة الزور من الاحكام.

والذي يتعلق بشهادة الزور أربعة أحكام:

أحدها: ما يعلم به أنه شهد بزور.

وهذا يعلم من ثلاثة أوجه:

أحدها: من إقراره إنه شهد بزور.

والثاني: من استحالته أن يشهد على رجل بقتل، أو زنا، في زمان معين، في بلد بعينه، وقد علم يقيناً أن المشهود عليه كان في ذلك الزمان في غير ذلك البلد.

والثالث: بأن تقوم عليه البينة أنه شهد بزور.

فأما إن شهد بما أخطأ فيه أو اشتبه عليه لم تكن شهادة زور ولكن يوبخ عليها، لتسرعه إلى الشهادة قبل تحققها.

فإن كثر ذلك منه ردت شهادته، وإن كان على عدالته لعدم الثقة بها.

فأما تعارض البينتين فلا يقضي فيه بالتكذيب والرد، لأنه ليس تكذيب إحداهما بأولى من تكذيب الأخرى، فلم يقدح ذلك في عدالة إحداهما.

فصل: والحكم الثاني: تأديب شاهد الزور.

وتأديبه التعزير، لأنه مما لم يرد فيه حد.

ولا يبلغ بتعزيره أربعين وغايته تسعة وثلاثون سوطاً لما روي عن النبي ﷺ أنه قال ﷺ: «لا يبلغ بالحد في غير حد»، وروي عنه ﷺ أنه قال: «من بلغ ما ليس بحد حداً فهو من المعتدين».

ولا وجه لما قال مالك، من أنه يجوز أن يزيد في التعزير على أكثر الحدود.

ولا وجه لما قاله ابن أبي ليلى أنه لا يبلغ به المائة، ويجوز بما دونها.

وقال أبو يوسف: لا يبلغ به ثمانين، ويجوز فيما دونها.

والصحيح ما ذكرناه من أنه لا يبلغ به الأربعين ويجوز بما دونها. لأن الأربعين حد الخمر في الحر فكان غاية تعزير الحر تسعة وثلاثين.

ثم هذه الغاية لا يجب استعمالها في كل معزر، لأن التعزير يختلف باختلاف حال المعزر ويكون موقوفاً على الاجتهاد فمن أدى الاجتهاد إلى تعزيره بالضرب اجتهد في عدده، فإن أدى الاجتهاد إلى تعزيرها بعشرة أسواط لم يزده عليها، وإن أدى الاجتهاد إلى تعزيره بالحبس لم يعدل به إلى الضرب، وإن أدى الاجتهاد إلى تعزيره بالقول والزجر، لم يعدل به إلى ضرب ولا حبس وقد استوفينا حكم التعزير في بابه.

فصل: في التشهير بشاهد الزور

والحكم الثالث: إشهار أمره.

لرواية بهز بن حكيم عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ قال: «اذكروا الفاسق بما فيه يحذره الناس».

ولأن في الشهرة زجراً له ولغيره عن مثله.

وإشهار أمره، أن ينادى عليه، إن كان من أهل مسجد على باب مسجده، وإن كان من سوق في سوقه وإن كان من قبيلة في قبيلته وإن كان من قبيل في قبيله.

والفرق بين القبيلة والقبيل: أن القبيلة بنو الأب الواحد والقبيل: الأخلاط المجتمعون من آباء شتى.

فيقول في النداء عليه في هذه المواضع: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاعرفوه.

ولا يزاد في هذه الشهرة تسويد وجهه ولا حلق شعره ولا ندائه بذلك على نفسه.

وقال شريح: يجوز أن يفعل ذلك في شهرته وهذه مثلة نكرهها لنهي النبي ﷺ عنها.

فإن كان هذا الشاهد بالزور من ذوي الصيانة فقد حكي عن ابن أبي هريرة أنه يصان عن هذا النداء ويقتصر منه على إشاعة أمره لقول النبي ﷺ: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم».

وقال غيره من أصحابنا بالتسوية في النداء بين ذوي الصيانة وغيرهم لأن الصيانة قد خرج منها بزوره.

فصل: في الأثر المترتب على توبة شاهد الزور

والحكم الرابع: أن يقضى بفسقه فلا تسمع له شهادة من بعد ما لم يتب منها.

فإن تاب أمسك عن قبول شهادته بعد التوبة حتى يستمر عليها ويتحقق صدق معتقده فيها فحينئذ تقبل شهادته.

وفي النداء بعد توبته بقبول شهادته وجهان:

أحدهما: ينادى بها كما نودي بفسقه.

والثاني: لا ينادى عليه بالتوبة وإن نودي عليه بالفسق لأن ظهور التوبة بإفعاله أقوى، ولأن في النداء بذلة.

وينبغي للقاضي إذا لم يثق بسلامة الشهود في هذه الحال أن يقدم وعظهم وتخويفهم وتحذيرهم فقد كان شريح إذا حضره شاهدان للشهادة، قال لهما: «حضرتما ولم استدعكما، وإن انصرفتما لم أمنعكما، وإن قلتما سمعت منكما، فاتقيا الله فإني متق بكما».

حكم القاضي بعلمه

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ «اخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي الخَصْمِ يُقِرُّ عِنْدَ القَاضِي فَقَالَ فِيهَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ كَشَاهِدٍ وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ وَالآخَرُ أَنَّهُ يَحْكُمُ بِهِ (قال المزني) وَقَطَعَ بِأَنَّ سَمَاعَهُ الإِقْرَارَ مِنْهُ أَثْبَتُ مِنَ الشَّهَادَةِ وَهَكَذَا قَالَ فِي كِتَابِ الرِّسَالَةِ أَقْضِي عَلَيْهِ بِعِلْمِي وَهُوَ أَقْوَى مِنْ شَاهِدَيْنِ أَوْ بِشَاهِدَيْنِ وَبِشَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ وَهُوَ أَقْوَى مِنْ شَاهِدٍ وَيَمِينٍ وَبِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ وَهُوَ أَقْوَى مِنَ النُّكُولِ وَرَدِّ اليَمِينِ».

قال الماوردي: لا اختلاف بين الفقهاء أن للقاضي أن يحكم بعلمه في الجرح والتعديل.

واختلفوا في حكمه بعلمه في الحقوق والحدود على مذاهب شتى.

فقال أبو حنيفة: يحكم بما علمه في زمان ولايته وفي مواضع عمله في حقوق الآدميين، ولا يحكم بعلمه في حقوق الله تعالى، ولا بما علمه قبل ولايته، ولا بما علمه في غير مواضع عمله.

وقال ابن أبي ليلى: يحكم بما علمه في مجلس قضائه ولا يحكم بما علمه في غيره.

وقال أبو يوسف: يحكم بعلمه إلا في الحدود.

وقال مالك: لا يحكم بعلمه في حال من الأحوال وبه قال من التابعين شريح، والشعبي ومن الفقهاء الأوزاعي، وأحمد، وإسحاق.

فإما مذهب الشافعي فقد نص في كتاب الأم على قولين فقال في أدب القاضي من الأم: لا يجوز فيه إلا واحد من قولين:

أحدهما: أن له أن يقضي بكل ما علم قبل الولاية وبعدها في مجلس الحكم وغيره من حقوق الآدميين.

والثاني: لا يقضي بشيء من علمه في مجلس الحكم ولا غيره إلا أن يشهد شاهدان على مثل ما علم فيكون علمه وجهله سواء.

وأظهر قوليه على مذهبه جواز حكمه بعلمه وهو اختيار المزني والربيع وإنما لم يقطع به حذاراً من ميل القضاة.

فأما حكمه بعلمه في حقوق الله تعالى فقد قال الشافعي في أدب القاضي يحتمل أن يكون كحقوق الآدميين ويحتمل أن يفرق بينهما.

فاختلف أصحابه في مذهبه فيها فكان أبو العباس بن سريج وأبو علي بن أبي هريرة يجمعان بينها وبين حقوق الآدميين في تخريجها على قولين.

وذهب الأكثرون من أصحابه إلى أنه لا يجوز أن يحكم فيها بعلمه قولاً واحداً وإنما القولان في حقوق الآدميين.

واستدل من منع القاضي من الحكم بعلمه بقول الله تعالى: **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾**، فلو جاز له الحكم بعلمه لقرنه بالشهادة.

ولقوله ﷺ للحضرمي في دعواه الأرض على الكندي: «شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك»[1] فدل على انتفاء الحكم بالعلم.

ولأن رسول الله ﷺ قد علم من كفر المنافقين ما لم يحكم فيه بعلمه.

وبما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه إنه تقاضى إليه نفسان فقال:

---

(١) أخرجه البخاري ٣/ ١٨٨، ٢٣٢، ٩/ ١٠ ومسلم في كتاب الأيمان باب ٦١ (٢٢١) وأحمد ٥/ ٢١١ والبيهقي ١٠/ ٢٥٣ والطبري ٣/ ٢٣٠.

أحدهما: أنت شاهدي، فقال: «إن شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد».

وترافع إلى شريح خصمان فقال للمدعي: ألك بينة؟ قال نعم أنت شاهدي. قال شريح أنت الأمير حتى أحضر فاشهد لك» ولم يعاصرهما مخالف.

ولأن الشاهد مندوب للإثبات والقاضي مندوب للحكم فلما لم يجز أن يكون الشاهد قاضياً بشهادته لم يجز أن يكون القاضي شاهداً لحكمه.

ولأن الشهادة لا تجوز بأقل من اثنين فلو جاز للقاضي أن يحكم بعلمه لصار إثبات الحق بشهادة واحد.

ولو صار القاضي كالشاهدين لصح عقد النكاح بحضوره وحده لقيامه مقام شاهدين وفي امتناع هذا دليل على منعه من الحكم بعلمه.

واستدل من أجاز للقاضي أن يحكم بعلمه بقوله تعالى: ﴿ولا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الأسراء: ٣٦] فدل على أنه يجوز أن يقفوا ما له به علم.

وبما رواه عبادة بن الصامت أنه قال: «بايعنا رسول الله ﷺ بالسمع والطاعة وأن لا ننازع الأمر أهله وأن نقوم بالحق حيث كنا وأن لا نخاف في الله لومة لائم».

وروى أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق إذا رآه أو سمعه».

ولأن الحكم بالأقوى أولى من الحكم بالأضعف على ما وصفه الشافعي والحكم في الشهادة بغالب الظن وبالعلم من طريق اليقين والقطع فلما جاز الحكم بالشهادة كان بالعلم أولى وأجوز، ألا ترى أنه لما جاز أن يحكم بخبر الواحد كان الحكم بخبر التواتر أولى، ولما جاز الحكم بقول الراوي عن الرسول كان الحكم بقول الرسول ﷺ أولى.

ولأنه لما جاز أن يحكم في الجرح والتعديل بعلمه، جاز أن يحكم في غيرهما بعلمه، لثبوته بأقوى أسبابه.

ولأن منع القاضي من الحكم بعلمه مفضٍ إلى وقوف الأحكام أو فسق الحكام في رجل سمعه القاضي يطلق زوجته ثلاثاً أو يعتق عبده، ثم أنكر العتق أو الطلاق فإن استحلفه ومكنه فسق وإن لم يستحلفه وقف الحكم وإذا حكم بعلمه سلم من الأمرين.

واستدل من منع من الحكم بعلمه في حقوق الله تعالى بقول النبي ﷺ: «هلا سترته بثوبك يا هزال؟».

وبما روي عن أبي بكر رضوان الله عليه أنه قال: «لو رأيت رجلاً على حد لم أحده به حتى تقوم البينة به عندي».

ولأن حقوق الله تعالى موضوعة على التخفيف والمسامحة لإسقاطها بالشبهة.

واستدل من فرق بين ما علمه قبل الولاية وبعدها، بأن حكمه بعلمه كحكمه بالشهادة فلما لم يجز أن يحكم بما سمعه من الشهادة قبل المحاكمة لم يجز أن يحكم بعلمه قبل الولاية، ولأن علمه قبل الولاية علم شهادة وبعدها علم حكم فجاز أن يحكم بعلم الحكم ولم يجز أن يحكم بعلم الشهادة.

والدليل على التسوية بين ما قبل الولاية وبعدها: أنه لما جاز أن يحكم في الجرح والتعديل بعلمه قبل الولاية وبعدها ولم يجز أن يحكم في الحدود بعلمه قبل الولاية وبعدها، وجب أن يكون ما عداهما معتبراً بهما، إن جاز الحكم فيه بالعلم استوى ما علمه قبل الولاية وبعدها كالجرح والتعديل، وإن لم يجز أن يحكم فيه بالعلم استوى ما علمه قبل الولاية وبعدها كالحدود فبطل بهذا الفرق بين العلمين.

فأما الجواب عن استدلاله بسماع البينة فهو أن سماع البينة لا يجوز إلا بعد التحاكم، ويجوز أن يحكم بما علمه قبل التحاكم فافترقا.

وأما الجواب عن استدلاله بأن علمه قبل الولاية علم شهادة وبعدها علم حكم، فهو أن علم الشهادة قبل الولاية يصير علم حكم بعد الولاية.

فصل: شروط نفوذ حكم القاضي بعلمه.

فإذا ثبت ما ذكرناه من توجيه القولين وإبطال الفرق بين العلمين فإن قيل بجواز حكمه بعلمه وهو أصح القولين كان نفوذ حكمه بعلمه معتبراً بشرطين:

أحدهما: أن يقول للمنكر قد علمت أن له عليك ما ادعاه.

والثاني: أن يقول وحكمت عليك بعلمي.

فإن اقتصر على أحد الشرطين وأغفل الآخر لم ينفذ حكمه.

وإن قيل بمنعه من الحكم بعلمه، فقد قال مالك: إذا أقر عنده الخصوم لم يجز أن يحكم على المقر إلا أن يشهد بإقراره شاهدان، لئلا يصير حاكماً بعلمه.

فاختلف أصحابنا في اعتبار هذا إذا منع من الحكم بعلمه.

فذهب بعضهم إلى اعتباره، وأنه لا يجوز له أن يحكم على المقر بإقراره، حتى يشهد به شاهدان، لئلا يصير حاكماً بعلمه.

وذهب الأكثرون وهو قول الحسين الكرابيسي وأبي العباس بن سريج إلى أن الشهادة غير معتبرة في إقراره في مجلس الحكم لأنه حكم بالإقرار وليس حكم بالعلم.

وعلى هذا لو أقر في مجلس حكمه بحد لله تعالى وقيل إنه لا يحكم في الحدود

بعلمه، فإن منع من الحكم بالأقرار إلا بالشهادة، لم يحكم عليه بالحد ، وإن أجيز له الحكم بالاقرار من غير شهادة، حكم عليه بالحد.

وعلى هذا إذا شهد عنده شاهدان بما يعلم خلافه لم يجز أن يحكم بعلمه .

واختلف أصحابنا في جواز حكمه بالشهادة على وجهين:

أحدهما: يحكم بها لأن الشهادة هي المعتبرة في حكمه دون علمه.

والوجه الثاني: وهو أصح لا يجوز أن يحكم بالشهادة، لأنه متحقق لكذبها.

فإما إذا ذكر القاضي أن بينة قامت عنده فهو مصدق على ما ذكر منها ويجوز له أن يحكم بها على القولين لأنه حاكم بالبينة دون العلم.

فصل: تحكيم الخصمين شخصاً

وإذا حكَّم خصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاضٍ جاز.

لأن عمر بن الخطاب وأبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت.

ولأنه لما حكم علي بن أبي طالب في الإمامة كان التحكيم فيما عداها أولى.

وهكذا حكم أهل الشورى فيها عبد الرحمٰن بن عوف.

نفوذ حكم المحكم.

وإذا جاز التحكيم في الأحكام فنفاذ حكمه معتبر بأربعة شروط:

أحدها: أن يكون المحكم من أهل الاجتهاد، و يجوز أن يكون قاضياً، لأنه قد صار بالتحكيم حاكماً، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكمه.

والشرط الثاني: أن يتفق الخصمان على التراضي به، إلى حين الحكم فإن رضي به أحدهما دون الآخر أو رضيا به ثم رجعا أو رضي أحدهما بطل تحكيمه ولم ينفذ حكمه سواء حكم للراضي أو للراجع.

والشرط الثالث: أن يكون التحاكم في أحكام مخصوصة.

والأحكام تنقسم في التحكيم ثلاثة أقسام:

قسم يجوز فيه التحكيم: وهو حقوق الأموال، وعقود المعاوضات، وما يصح فيه العفو والإبراء.

وقسم لا يجوز فيه التحكيم، وهو ما اختص القضاة بالاجبار عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقيه.

وقسم مختلف فيه وهو أربعة أحكام: النكاح واللعان والقذف والقصاص.

ففي جواز التحكيم فيها وجهان:

أحدهما: يجوز لوقوفها على رضا المتحاكمين.

والثاني: لا يجوز لأنها حقوق وحدود يختص الولاة بها.

فلو أن امرأة لا ولي لها خطبها رجل فتحاكما إلى رجل ليزوج أحدهما بالآخر فإن كانا في دار الحرب أو في بادية لا يصلان إلى حاكم جاز تحكيمهما وتزويج المحكم لهما. وإن كانا في دار الإسلام وحيث يقدران فيه على الحاكم كان في جوازه وجهان على ما ذكرنا.

والشرط الرابع: فيما يصير الحكم به لازماً لهما.

وفيه للشافعي قولان نص عليهما في اختلاف العراقيين:

أحدهما: أنه لا يلزمهما الحكم إلا بالتزامه بعد الحكم كالفتيا، لأنه لما وقف على خيارهما في الابتداء وجب أن يقف على خيارها في الانتهاء وهو قول المزني.

والقول الثاني: وهو قول الكوفيين وأكثر أصحابنا أنه يكون بحكم المحكم لازماً لهما ولا يقف بعد الحكم على خيارهما، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله» فكان الوعيد دليلاً على لزوم حكمه كما قال في الشهادة: ﴿وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فدل الوعيد على لزوم الحكم بشهادته وكقوله عليه السلام: «من علم علماً وكتمه ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار[١]» فدل الوعيد على لزوم الحكم بما أبداه.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «وإذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحداً[٢]» فصار بتأميرهم له نافذ الحكم عليهم كنفوذه لو كان والياً عليهم ولذلك انعقدت الإمامة باختيار أهل الاختيار.

وحكى أبو سعيد الإصطخري فيه وجهاً ثالثاً: أن خيارهما في التحكيم ينقطع بشروعه في الحكم، فإذا شرع فيه صار لازماً لهما، وإن كان قبل شروعه فيه موقوفاً على خيارهما لأن خيارهما بعد الشروع في الحكم مفضٍ إلى أن لا يلزم بالتحكيم حكم إذا رأى أحدهما توجه الحكم عليه فيصير التحكيم لغواً.

فإذا صار نافذ الحكم بما ذكرناه، نظر، فإن كان ممن يجوز أن يشهد لهم عليهم

---

(١) اخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٩٥، ٩٦) أحمد ٢/ ٤٩٩ الطبراني في الكبير ١١/ ٥ وانظر المجمع ١/ ١٦٣ والحاكم ١/ ١٠٢ والخطيب في التاريخ ٥/ ٣٩.

(٢) الطبراني في كشف الخفاء ١/ ١٠٣.

لزم المتنازعين إليه حكمه، وكان المحكوم عليه مأخوذاً به ما لم يتعد الحكم إلى غير المتنازعين.

ولم يكن للقاضي أن يرد حكمه إلا ما يرده من حكم غيره من القضاة.

وإذا حكم بينهما أشهد به في المجلس الذي حكم فيه قبل التفرق، لأن قوله لا يقبل عليهما بعد الافتراق، كما لا يقبل قول الحاكم بعد العزل.

فإن تعدى الحكم إلى غير المتنازعين فضربان:

أحدهما: ما كان منفصلاً عن الحكم، ولا يتصل به إلا عن سبب موجب كتحاكمهما إليه في دين فأقام به مدعية بينة شهدت بوجوب الدين، وأن فلاناً ضامنه لزم حكمه في الدين ولم يلزم حكمه في الضمان لوجود الرضا ممن وجب عليه الدين وعلم الرضا ممن وجب عليه الضمان.

والضرب الثاني: أن يكون متصلاً بالحكم، ولا ينفصل عنه إلا بسبب موجب كتحاكمهما إليه في قتل خطأ قامت به البينة ففي وجوب الدية على العاقلة التي لم ترض بحكمه وجهان:

أحدهما: تجب عليه الدية لوجوبها على الراضي بحكمه إذا قيل إن الدية على الجاني ثم تتحملها عنه العاقلة.

والوجه الثاني: لا تجب على العاقلة الدية لأنهم لم يرضوا بحكمه إذا قيل إن الدية تجب بابتداء على العاقلة.

وإذا رضي المتنازعان بتحكيم اثنين لم ينفذ حكم أحدهما حتى يجتمعا فإن اختلفا في الحكم لم ينفذ حكم واحد منهما حتى يتفقا على الحكم كما اتفقا على النظر.

وإن كان التحكيم من المتنازعين لمن لا يجوز أن يشهد لهما ولا عليهما والذي لا يجوز أن يشهد لهما والد وولد والذي لا يجوز أن يشهد عليهما عدو فينظر: فإن حكم على من لا يجوز أن يشهد له من والد أو ولد لمن يجوز أن يشهد له من الأجانب جاز، كما يجوز أن يشهد عليه وإن لم يجز أن يشهد له.

وإن حكم لمن لا يجوز أن يشهد له من والد أو ولد على من يجوز أن يشهد له من الأجانب ففي جوازه وجهان:

أحدهما: لا يجوز حكمه له، كما لا يجوز أن يحكم له بولاية القضاء.

والوجه الثاني: يجوز أن يحكم له بولاية التحكيم وإن لم يجز أن يحكم له بولاية

القضاء، لأن ولاية التحكيم منعقدة باختيارهما فصار المحكوم عليه راضياً بحكمه عليه وخالفت الولاية المنعقدة بغير اختيارهما.

وإن حكم لعدوه نفذ حكمه.

وإن حكم على عدوه ففي نفوذ حكمه عليه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء بولاية التحكيم كما لا يجوز أن يشهد عليه.

والوجه الثاني: يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء وولاية التحكيم بخلاف الشهادة، لوقوع الفرق بينهما، بأن أسباب الشهادة خافية وأسباب الحكم ظاهرة.

الوجه الثالث: أنه يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم لانعقادها عن اختياره ولا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء لانعقادها بغير اختياره.

الاستخلاف على القضاء

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأُحِبُّ لِلإِمَامِ إِذْ وَلَّى القَضَاءَ رَجُلاً أَنْ يَجْعَلَ لَهُ أَنْ يُوَلِّيَ القَضَاءَ مَنْ رَأَى فِي الطَّرَفِ مِنْ أَطْرَافِهِ فَيَجُوزُ حُكْمُهُ».

قال الماوردي: أما الإمام فيجوز له أن يستخلف على القضاء وإن قدر على مباشرته لعموم ولايته كما يجوز أن يستخلف على غير القضاء فيما يقدر على مباشرته لأن كل الأمور موكولة إلى نظره فلم يختص ببعضها فيختص بمباشرته.

وقد روي أن رجلين أتيا النبي ﷺ فقال أحدهما: إن لي حماراً ولهذا بقرة وأن بقرته قتلت حماري. فقال لأبي بكر: «اقضِ بينهما» فقال: لا ضمان على البهائم فقال لعمر: «اقض بينهما» فقال مثل ذلك فقال لعلي: «اقضِ بينهما» فقال علي: أكانا مرسلين؟ فقالا: لا قال: أكانا مشدودين؟ قال: لا. قال: أفكانت البقرة مشدودة والحمار مرسلاً؟ قال: لا. قال: أفكان الحمار مشدوداً والبقرة مرسلة؟ قالا: نعم. قال: «على صاحب البقرة الضمان».

قال أصحابنا: وتأويل المسألة أن أبا بكر وعمر قضيا بسقوط الضمان عن صاحب البقرة إن لم يكن معها وإن علياً قضى بوجوب الضمان عليه إن كان معها. فقد استخلفهم رسول الله ﷺ على القضاء بمشهده وإن أمكنه القضاء نفسه.

فإن قيل فكيف رده إلى عمر بعد قضاء أبي بكر، ورده إلى علي بعد قضاء عمر، والحكم إذا نفذ انقطع به التنازع.

قيل: لأن جواب أبي بكر وعمر خرج منهما مخرج الفتيا دون الحكم فلذلك رده إلى علي حتى حكم باللفظ المعتبر في الأحكام، ولو كان جواب أبي بكر حكماً لما استجاز رده إلى غيره.

استخلاف القاضي غيره

فأما القاضي إذا قلده الإمام عملاً فأراد أن يستخلف عليه لم يخل حال تقليده من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يجعل له الإمام أن يستخلف عليه فيجوز له أن يستخلف سواء قل عمله أو كثر. لكنه إن قل وقدر على مباشرته بنفسه كان في الاستخلاف مخيراً، وإن كثر ولم يقدر على مباشرته بنفسه كان الاستخلاف عليه واجباً.

ثم ينظر في العمل، فإن كان مصراً كبيراً وسواداً كثيراً قضى في المصر واستخلف على السواد؛ لأنه تبع فاختص في المتبوع لا بالتابع.

وإن كانا مصرين متكافئين كالبصرة والكوفة كان بالخيار في أن يقضي في أيهما شاء ويستخلف على أيهما شاء.

وله إذا حكم في أحدهما أن ينتقل إلى بلد خليفته ينقل خليفته إلى بلده إلا أن يكون الإمام قد عين له الحكم في أحدهما والاستخلاف على الآخر فلا يجوز أن يعدل عما عين له وتكون ولايته على البلد الآخر مقصورة على اختيار الناظر فيه دون الحكم.

فإن عين له الإمام على من يستخلفه فيه صارت ولايته عليه مقصورة على تنفيذ ولاية المستخلف ومراعاته وخرجت عن ولاية الحكم والاختيار ولم يكن له عزل هذا المستخلف، وإن كانت له عزل من استخلفه باختياره لأن التعيين عليه قد منعه من استخلاف غيره.

فإن كان هذا المعين على استخلافه ليس بأهل للقضاء لم يكن له تنفيذ استخلافه لفساده ولم يكن له استخلاف غيره لمنع التعيين عليه من غيره. ويجوز أن يستخلف في بلد حكمه لعموم الإذن.

فإن تنازع خصمان فيه وفي خليفته فطلب أحدهما المحاكمة إليه وطلب الآخر المحاكمة إلى خليفته نظر: فإن كان القاضي في يوم التنازع ناظراً فالداعي إليه أولى من الداعي إلى خليفته لأنه أصل وإن كان القاضي فيه تاركاً وخليفته ناظراً كان الداعي إلى خليفته أولى من الداعي إليه لأنه أعجل.

فإن جعل له الإمام على القضاء رزقاً نظر: فإن سمى الرزق له اختص به دون

خلفائه وإن سماه للقضاء شاركه فيه خلفاؤه، بحسب كفاياتهم في النظر وكثرة العمل، فإن عزل من استخلفه وقام بعمله جاز أن يأخذ رزقه، وإن لم يقم به لم يجز أن يأخذه.

فصل: والقسم الثاني: أن ينهاه الإمام في التقليد أن يستخلف، فلا يجوز له أن يستخلف سواء قل عمله أو كثر، لكنه إن قل عمله باشر الحكم فيه بنفسه ولم يكن له أن يستخلف، لأجل المنع منه، فإن استخلف فلا ولاية لخليفته وليس له أن يعدي خصماً.

فإن حكم بين خصمين ترافعا إليه كان كالحكم من الرعايا في جواز حكمه. وفي لزومه قولان على ما قدمناه في حكم المحكم.

وإن كثر عمله لزمه إعلام الإمام بعجزه عن النظر في جميعه، ليكون الإمام بعد بين خيارين إما أن يأذن له في الاستخلاف أو يقتصر به على ما يقدر على مباشرته والنظر فيه، ويصرفه عما عداه.

ولم يجز للإمام بعد علمه أن يتركه على حاله.

وأولى الأمرين بالإمام صرفه عن الزيادة ليكون هو المتولي للاختيار، ولا يرد الاختيار إلى غيره، ليكون على ثقة من صحة الاختيار.

فإن لم يعلم الإمام أو أعلمه، فلم يأذن له في أحد الأمرين فكثرة عمله على ضربين:

أحدهما: أن يكون مصراً كثير السواد كالبصرة فيكون نظره مختصاً بالبلد، اعتباراً بالعرف، وله أن يحكم بين أهل سواده إذا قدموا عليه فإن استعدى إليه على رجل من أهل السواد، فإن كان على أقل من مسافة يوم وليلة لزمه إحضاره، لخروجه عن مسافة القصر فصار كالحاضر وإن كان على مسافة القصر يوم وليلة فأكثر ففي وجوب إحضاره وجهان مضيا.

والضرب الثاني: أن يكون عمله مشتملاً على مصرين متباعدين كالبصرة وبغداد فهو بالخيار في النظر في أيهما شاء لاشتمال ولايته عليهما.

فإذا نظر في أحدهما ففي انعزاله عن الآخر وجهان محتملان:

أحدهما: قد انعزل عنه لتعذر حكمه فيه بالعجز فصار كتعذر حكمه بآفة.

والوجه الثاني: أنه لا ينعزل عنه ويكون باقي الولاية عليه لصحة الولاية عليهما مع العجز عنهما فعلى هذا يجوز أن ينتقل من أحدهما إلى الآخر ولا يجوز له ذلك على الوجه الأول.

فصل: والقسم الثالث: أن يكون مطلق الولاية لم يؤذن له في الاستخلاف ولم ينه عنه، ففيه لأصحابنا حين علق الشافعي القول فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي علي بن خيران ليس له أن يستخلف قل عمله أو كثر. لأن القضاء نيابة فاعتبر فيها لفظ المستنيب.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أن له أن يستخلف، قل عمله أو كثر اعتباراً بعموم ولايته.

والوجه الثالث: وهو قول جمهور البصريين: أن استخلافه معتبر بعمله فإن قل وقدر على مباشرته بنفسه لم يجز أن يستخلف وإن كثر وعجز عن مباشرته بنفسه جاز أن يستخلف اعتباراً بالوكيل إذا وكل في عمل قدر على مباشرته بنفسه لم يجز أن يوكل فيه وإن عجز عن مباشرته بنفسه جاز أن يوكل فيه فعلى هذا فيما يستخلف عليه وجهان:

أحدهما: يجوز أن يستخلف فيما عجز عنه من زيادة العمل ولا يجوز أن يستخلف فيما قدر عليه اعتباراً بالحاجة.

والوجه الثاني: يجوز أن يستخلف على جميعه لأن العرف فيه كالإذن فعلى هذا إن استخلف على ما يقدر على مباشرته جاز له أن يعزل خليفته مع بقائه على سلامته.

وإن استخلف فيما لا يقدر على مباشرته ففي جواز عزله مع بقائه على سلامته وجهان:

أحدهما: تجوز النيابة عنه كالوكيل.

والثاني: لا تجوز لأنه نائب عنه في حقوق المسلمين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «لوْ عُزِلَ فَقَالَ قَدْ كُنْتُ قَضَيْتُ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ لَمْ يَقْبَلْ إلاَّ بِشُهُودٍ».

قال الماوردي: فالكلام في هذه المسألة يشتمل على أربعة فصول:

أحدها: في ولايته.

والثاني: في عزله.

والثالث: في حكمه.

والرابع: في قوله.

فأما الفصل الأول في ولايته فمعتبرة بما تضمنه عهده من حدود العمل وصفة النظر من عموم أو خصوص وعلى الإمام فيه حق وعلى القاضي فيه حق.

فأما ما على الإمام من حق فثلاثة أشياء:

أحدها: تقوية يده حتى لا يعجز عن استيفاء حق ودفع ظلم.

والثاني: مراعاة عمله حتى لا يتخطاه إلى غيره ولا يخل ببعضه .

والثالث: مراعاة أحكامه وإن تحري، عمل السداد من غير تجاوز ولا تقصير.

ولذلك ما اخترنا للإمام أن يثبت نسخة العهد في ديوانه لتعتبر أفعاله بما تضمنها وما يلزمه من مراعاته في مبادىء نظره أكثر مما يلزمه فيما بعد وإن لم يجز أن يخل بمراعاته في حال من الأحوال.

فإن شق ذلك عليه ندب له من يراعيه وينهي إليه ما يجري فيه.

ولذلك قلد الإمام قاضي القضاة ليكون نائباً عنه في مراعاة القضاة.

وأما ما على القاضي من الحق فثلاثة أشياء:

أحدها: أن يعمل بما تضمنه عهده من عمل، ونظر فلا يتجاوز عمله ولا يقصر عنه ولا يتعدى جعل إليه من خصوص النظر ولا يخل بما جعل إليه من العموم النظر.

ولذلك أمر بقراءة عهده على أهل عمله ليعلموا منه ما إليه وما ليس إليه.

والأولى أن يكون معه عند قراءة عهده شاهدان قد شهدا على ما تضمنه ليشهدوا به عند أهل عمله حتى يلتزموا طاعته.

فإن أعوزت الشهادة واقترن بقراءة العهد من شواهد الأحوال ما يدل على صحته من القرب من بلد الإمام وانتشار الحال واشتهارها لزمتهم الطاعة.

وإن لم يقترن به شاهد حال لم تلزم الطاعة.

والثاني: من الحقوق على القاضي: أن يستمد معونة الإمام فيما عجز عنه، من استيفاء حق أو دفع ظلم، حتى لا يفوت حق قد ندب لاستيفائه ولا يتم ظلم قد ندب لرفعه.

والثالث: أن لا يخل بالنظر مع المكنة اعتباراً بالعرف والعادة في أن لا يتأخر الخصوم عن المحاكمة، ولا يمنع من الاستراحة، وما جرت به عادة القضاة للانقطاع بمثله.

فإن كان مرتزقاً لم يستحق رزقه قبل وصوله إلى عمله.

فإذا وصل إليه ونظر استحق الرزق.

وإن وصل ولم ينظر فإن كان متصدياً للنظر يستحقه وإن لم ينظر، كالأجير في العمل إذا سلم نفسه إلى مستأجره فلم يستعمله استحق أجرته.

وإن لم يتصد للنظر فلا رزق له، كالأجير إذا لم يسلم نفسه للعمل.

فصل: وأما الفصل الثاني في العزل فهو: على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يعزله الإمام المولي.

فإن كان عزله عن اجتهاد أدى إليه، إما لظهور ضعفه وإما لوجود من هو أكفأ منه جاز أن يعزله.

وإن لم يؤده الاجتهاد إلى عزله لاستقلاله بالنظر في عمله على الصحة والاستقامة لم يكن له أن يعزله لأنه لا مصلحة في عزل مثله.

فإن عزله انعزل وإن كان الاجتهاد بخلافه.

لأن عزله حكم من أحكام الإمام لا يرد إذا لم يخالف نصاً أو اجماعاً. وعزله يكون بالقول فإن قلد غيره واقترن بتقليده شواهد العزل كان تقليد غيره عزلاً له.

وإن لم تقترن به شواهد العزل كان الأول على ولايته والثاني مشاركاً له في نظره.

وينعزل بعزله جميع خلفائه إن كان خاص العمل.

ولا ينعزل من ولاه على الأيتام والوقوف من أمنائه لنظرهم في حق غيره.

فإن نظر هذا المعزول قبل علمه بعزله ففي نفوذ أحكامه قولان كالوكيل إذا عقد بعد عزل موكله وقبل علمه:

أحدهما: أن أحكامه باطلة، إذا قيل إن عقد الوكيل باطل.

والثاني: أن أحكامه جائزة إذا قيل إن عقد الوكيل جائز.

وقال بعض أصحابنا: بل أحكامه جائزة قولاً واحداً، وإن كانت عقود الوكيل على قولين.

وفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن القاضي ناظر في حق غير المولي، والوكيل ناظر في حق الموكل.

والثاني: أن موت الإمام المولي لا يوجب عزل القاضي وموت الموكل موجب لعزل الوكيل فقوي القاضي بهذين الفرقين على الوكيل فصح لأجلها أحكام القاضي وإن لم تصح عقود الوكيل.

والضرب الثاني: أن يعزل نفسه.

فإن كان لعذر جاز اعتزاله وإن كان لغير عذر منع من الاعتزال وإن لم يجبر عليه لأن ولاية القضاء من العقود الجائزة دون اللازمة ولذلك نفذ فيه عزل الإمام وإن خالف

الأولى لكن لا يجوز أن يعتزل إلا بعد إعلام الإمام واستعفائه لأنه موكول لعمل يحرم عليه إضاعته .

وعلى الإمام أن يعفيه من النظر إذا وجد غيره حتى لا يخلو العمل من ناظر .

فإن أعفاه قبل ارتياد غيره جاز إن كان لا يتعذر ولم يجز أن تعذر .

ويتم عزله باستعفائه واعفائه ولا يتم بأحدهما .

فإن نظر بين استعفائه وإعفائه صح نظره .

ولايكون قوله قد عزلت نفسي عزلاً ؛ لأن العزل يكون من المولى وهو لا يجوز أن يولي نفسه فلم يجز أن يعزلها وإنما هو أن يستعفي فيعفى .

والضرب الثالث : أن تحدث أسباب العزل وهي على ثلاثة أضرب : موت وعجز وجرح .

فأما الموت : فهو موت المولي فلا يخلو المولى من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون إماماً عام الولاية على القضاء وغيره فلا تبطل بموته ولايات القضاة وإن بطل بموت الموكل وكالة الوكيل لأن تولية الإمام للقاضي استنابة في حقوق المسلمين لا في حق نفسه بخلاف الوكيل المستناب في حق موكله .

قد قلد رسول الله ﷺ عتاب بن أسيد قضاء مكة وصدقات أهلها فلما مات اختبأ عتاب وامتنع من القضاء فأظهره سهيل بن عمرو وقال : إن يكن رسول الله ﷺ قد مات فإن المسلمين باقون ، فعاد عتاب إلى نظره ، ولم ينكر ذلك عليه أحد من الصحابة فصار إجماعاً .

والحال الثانية : أن يكون المولي قاضي ناحية أو صقع قد استخلف فيه من ينوب عنه في القضاء ، فيكون موته مبطلاً لولايات خلفائه لمعنيين :

أحدهما : أنه خاص النظر خاص العمل فخالف موت الإمام في عموم نظره وعموم عمله .

والثاني : أن الإمام يقدر على استدراك الأمر في موته بتقليد غيره .

والحال الثالثة : أن يكون المولي هو قاضي القضاة العام الولاية في جميع الأمصار فهو عام العمل خاص النظر .

فعموم عمله : أنه وال على البلاد كلها .

وخصوص نظره : أنه مقصور على القضاء دون غيره .

فشابه الإمام في عموم عمله ، وخالفه في خصوص نظره .

ففي انعزال القضاة بموته وجهان :

أحدهما: لا ينعزلون لعموم نظره كالإمام.

والوجه الثاني: ينعزلون بموته لخصوص نظره كقاضي إقليم.

وأما العجز: فهو أن يحدث في القاضي عجز يمنعه من النظر فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يمنع من التقليد كالعمى والخرس فقد انعزل بحدوثه فيه.

والضرب الثاني: ما لا يمنع من التقليد كالزمانة فلا ينعزل بها؛ لأنه يعجز بها عن النهضة ولا يعجز بها عن الحكم.

والضرب الثالث: المرض فإن أعجزه عن النهضة ولم يعجزه عن الحكم لم ينعزل به وإن أعجزه عن النهضة والحكم فإن كان مرجو الزوال لم ينعزل به، وإن كان غير مرجو الزوال انعزل به.

وأما الجرح: وهو الفسق فإن حدث في المولي كان كموته؛ لأنه ينعزل بالفسق، كما ينعزل بالموت، فيكون على ما مضى من اختلاف أحوال المولي.

وإن حدث الفسق في القاضي المولى فإن استدامه مصراً عليه أنزل به.

وإن حدث الفسق في القاضي المولي فإن استدامه مصراً عليه انعزل به.

وإن كان إقلاعه عن ندم وتوبة نظر، فإن كان فسقه قد ظهر قبل التوبة انعزل به.

وإن لم يظهر حتى تاب منه لم ينعزل به لانتفاء العصمة عنه. وإن هفوات ذوي الهيئات مقالة قل أن يسلم منها إلا من عَصَم.

وإذا انعزل بالفسق فحكم في حال انعزاله فإن كان إلزاماً بإقرار صحَّ، وإن كان حكماً بشهادة بطل.

وعليه أن يمتنع من الحكم وينهي حاله إلى الإمام إلى من ولاه من القضاء ليقلد غيره ولا يغتر به الناس إن لم يعرفوه وتقف أحكامهم إن عرفوه.

وهو في إنهاء حاله بين أمرين: إما أن يظهر الاستعفاء ويكتم حاله ليكون حافظاً لستره، وهو أولاهما، وإما أن يخبر بحاله وسبب انعزاله، وإن كره له هتك ستره لقول النبي ﷺ: «من أتى من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله» وإن خرج بكل واحد منهما من مأثم الامساك.

فصل: وأما الفصل الثالث في حكمه: فهو على ضربين:

أحدهما: ما تممه وأمضاه قبل موته وعزله، فهو على نفاذه وإمضائه ولا يؤثر فيه ما حدث بعده من موته أو عزله.

والضرب الثاني: ما شرع فيه ثم مات أو عزل قبل تمامه فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يجوز للثاني أن يبني على فعل الأول حتى يتم ولا يلزمه استئنافه وهو كل ما لا يجوز أن يعاد ولا يزاد.

مثل: حد القذف إذا عزل بعد استيفاء بعضه وبقاء بعضه فيجوز للثاني أن يبني على فعل الأول حتى يستكمل بهما.

وكاللعان إذا عزل بعد لعان الزوج أو بعضه وقبل لعان الزوجة أو بعضه فيبني الثاني على حكم الأول ولا يستأنفه حتى يتم اللعان بهما.

وكتحالف المتبايعين إذا اختلفا فيعزل بعد يمين أحدهما وقبل يمين الآخر، فيبني الثاني على ما تقدم من احلاف الأول ولا يستأنف التحالف.

وكالأيمان في القسامة إذا عزل وقد حلف المقسم بعض الأيمان وبقي بعضها فيبني الثاني على إحلاف الأول حتى يستكمل الأيمان ولا يستأنفها إلى نظائر هذا.

وهذا البناء معتبر بتصادق الخصمين، أو بقيام البينة إن تكاذبا.

والقسم الثاني: ما يستأنفه الثاني ولا يبني على حكم الأول وهو كل ما كان الفعل فيه مقترناً بالحكم.

مثل حكمه بفسخ النكاح بإعسار الزوج ولا يفسخه حتى يعزل، فليس للثاني فسخه بحكم الأول حتى يستأنف الحكم.

وكما لو حكم ببيع مال المفلس ثم عزل قبل بيعه لم يكن للثاني بيعه بحكم الأول حتى يستأنف الحكم به.

وكما لو أذن لولي يتيم في بيع ماله في مصالحه فلم يبعه الولي، حتى عزل، منع من البيع حتى يستأنف الثاني الإذن فيه.

وكما لو حكم بشفعة الجوار ولم يسلط الشفيع على الأخذ حتى عزل، فليس للثاني تسليطه بحكم الأول حتى يستأنف الحكم بالشفعة والتسليط إلى نظائر هذا.

والقسم الثالث: ما اختلفت أحواله في البناء والاستئناف، وهو سماع البينة، وله في العزل بعد سماعها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يسمعها ولا يحكم بقبولها حتى يعزل فلا يجوز للثاني أن يحكم بقبولها بسماع الأول حتى يستأنف الشهادة.

فإن قيل أفليس يجوز للقاضي أن يكتب بسماع البينة حتى يحكم المكتوب إليه بقبولها وإنفاذ الحكم بما تضمنها فهلا كان الثاني بعد الأول بمثابته؟.

قيل لوقوع الفرق بينهما بأن الثاني قادر على سماعها كالأول ولا يقدر الغائب على سماعها كالحاضر.

والحال الثانية: أن يعزل بعد الحكم بقبولها وبعد إلزام الحق الذي تضمنها، فعلى الثاني إذا أشهد الأول على نفسه بإلزام أن يبني على حكم الأول في تنفيذ الالزام.

والحال الثالثة: أن يعزل بعد الحكم بقبولها وقبل الحكم بإلزام ما تضمنها فلا تخلو حال من شهد عنده من أن يكونوا أحياء أو موتى.

فإن كانوا أحياء موجودين، لم يكن للثاني أن يبني على حكم الأول حتى يستأنف سماع الشهادة والحكم، لأن القدرة على شهود الأصل تمنع من الحكم بشهود الفرع.

وإن كانوا موتى أو غير موجودين في الأحياء جاز للثاني أن يبني على حكم الأول، فيحكم بالإلزام بحكم الأول بالقبول؛ لأن تعذر القدرة على شهود الأصل يبيح الحكم بشهود الفرع.

وكما يجوز للقاضي المكتوب إليه أن يحكم بالإلزام بحكم الكاتب بالقبول.

فصـل: وأما الفصل الرابع في قوله: وهوما يخبر به عن نفسه أنه حكم لفلان على فلان بكذا فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يخبر به في ولايته فقوله فيه مقبول وهو قول أبي حنيفة وأكثر الفقهاء.

وحكي عن مالك ومحمد بن الحسن أنه لا يقبل قوله حتى يشهد به شاهدان استدلالاً بأنه لما لم يكن له أن يحكم على المنكر إلا بالشهادة لم يقبل قوله على المنكر إلا بالشهادة.

ودليلنا هو أنه لما ملك أن يحكم في ولايته ملك الإقرار بالحكم في ولايته، لأن من ملك فعل شيء ملك الإقرار به كمن ملك عتق عبده ملك الاقرار بعتقه. فإما اعتبار ذلك بالشهادة فخارج عنها لوقوع الفرق بينهما بأن للحاكم ولاية وليس للشاهد ولاية.

والضرب الثاني: أن يخبر بعد عزله بأنه قد كان حكم لفلان على فلان بكذا لم يقبل القاضي قوله وحده، حتى يشهد به شاهدان لأنه لما لم يملك الحكم بعد عزله لم يقبل قوله في الحكم بعد عزله.

ألا تراه لو أقر المطلق برجعة زوجته في عدتها قبل قوله ولا يقبل قوله بعد عدتها، لأنه يملك الرجعة في العدة فملك الإقرار بها، ولا يملك الرجعة بعد العدة فلم يملك الإقرار بها.

ولو أقر بعتق عبد قبل بيعه قبل منه ولو أقر بعتقه بعد بيعه لم يقبل منه، لأنه يملك عتقه قبل البيع ولا يملك عتقه بعد البيع.

وهذا أصل مستمر.

وإذا كان هكذا لم يقبل قوله في الحكم بعد العزل فإن شهد به شاهدان لزم بالشهادة.

فإما إن أراد أن يكون القاضي شاهداً فيما أخبر به ليشهد به مع غيره انقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشهد بإقرار مقر عنده، فهذا جائز؛ لأنها شهادة بإقرار، وليست بحكم ولا يحتاج في هذا الاقرار إلى استرعاء؛ لأن الإقرار في مجلس الحكم استرعاء.

والقسم الثاني: أن يشهد بحكم أمضاه عليه فمذهب الشافعي لا يجوز أن يكون شاهداً فيه لأنه يشهد على فعل نفسه.

وقال أبو سعيد الإصطخري من أصحابنا: يجوز أن يكون شاهداً فيه وإن كان شهادة على فعله كما تقبل شهادة المرضعة على الرضاع.

وهذا جمع فاسد؛ لأن الرضاع من فعل الولد فجازت شهادتها فيه والحكم من فعله فلم يجز أن يكون شاهداً فيه.

والقسم الثالث: أن يشهد بأن حاكماً حكم عليه بكذا ويرسل ذكر الحاكم به فلا يعزيه إلى نفسه ولا إلى غيره ففي قبول شهادته وجهان:

أحدهما: لا تقبل حتى يعزيه إلى غيره لجواز أن يكون هو الحاكم به.

والوجه الثاني: يقبل ما لم يعزه إلى نفسه تغليباً لصحة الشهادة.

[من لا يجوز أن يحكم له القاضي]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ وَوَالِدِهِ وَمَنْ لَاتَجُوزُ لَهُ شَهَادَتُهُ رَدَّ حُكْمُهُ».

قال الماوردي: أما حكمه لنفسه فمردود كما ترد شهادته لنفسه لأنه مؤتمن في حق غيره لا في حق نفسه.

وأما حكمه على نفسه فمقبول.

وهل يكون إقراراً أو حكماً؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكون إقراراً، فعلى هذا يصح في كل ما يصح الإقرار به ويرد فيما لا

يلزم بالإقرار، كشفعة الجوار إذا قال: قد حكمت بها على نفسي للجار لم ينفذ حكمه بها على نفسه.

والوجه الثاني: يكون حكماً على نفسه، فإذا حكم عليها بشفعة الجوار لزمته، وإذا حكم عليه بمقاسمة الإخوة للجد في الميراث وكان جداً نفذ حكمه وإن كان أخاً لم ينفذ حكمه؛ لأنه حكم لها.

فإما حكمه لأحد من والديه، وأن يعدوا، أو لأحد من مولوديه وإن سفلوا، فمردود في قول جمهور الفقهاء. وحكي عن أبي ثور جوازه.

وهذا خطأ؛ لأن الحكم أقوى من الشهادة، وهو ممنوع من الشهادة لهم، فكان أولى أن يمنع من الحكم لهم.

فأما حكمه على والديه ومولوديه فجائز؛ لأنه لما جازت شهادته عليهم جاز حكمه عليهم.

فأما من عدا طرفيه الأعلى والأسفل من أقاربه كالإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم فيجوز أن يحكم لهم وعليهم كما يجوز أن يشهد لهم وعليهم.

فلو تحاكم إليه ولده ووالده فحكم لأحدهما على الآخر ففي جوازه وجهان محتملان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه حكم لوالده وولده.

والوجه الثاني: يجوز؛ لأنها قد استويا في البعضية فانتفت عنه تهمة الممايلة فصار حاكماً على والد أو ولد.

فصل: استخلاف القاضي ولده أو والده.

وإذا أراد القاضي أن يستخلف في أعماله والداً أو ولداً جاز، وإن لم يجز أن يشهد لهم ولا يحكم، إذا كانوا ممن يجوز أن يستخلفهم غيرهم لأن ما بينهما من البعضية التي تجريهم مجرى نفسه، فحكمه بنفسه جائز فجاز بمن هو بعضه، ولذلك جاز أن يستخلف الإمام في أعماله من يرى من أولاده.

وخالف تقليد القضاء، لأنه يجوز أن يقضي بنفسه، فجاز أن يقتضي من يجري بالقضية يجري نفسه.

فأما إذا رد الإمام إلى القاضي اختيار قاض لم يكن له أن يختار والده ولا ولده؛ لأن رد الاختيار إليه يمنعه من اختيار نفسه، فمنعه ذلك من اختيار ممن يجري بالبعضية مجرى نفسه.

فصل: محاكمة القاضي خصمه

فإذا أراد الإمام محاكمة خصم جاز أن يحاكمه إلى قضاته؛ لأنهم ولاة في حقوق المسلمين وإن صدرت عنه ولاياتهم. قد حاكم علي يهودياً في درع إلى شريح وهو قاضيه.

فأما إن حاكم الإمام خصمه إلى واحد من رعيته جاز، ثم نظر، فإن قلده خصوص هذا النظر صار قاضياً خاصاً قبل الترافع إليه، فلم يعتبر فيه رضا الخصم، وإن لم يقلده النظر قبل الترافع اعتبر فيه رضا الخصم.

فأما القاضي إذا أراد محاكمة خصم له، فإن كان في بلد الإمام، جاز أن يحاكمه إلى الإمام أو إلى من يرد إليه الإمام الحكم بينه وبين خصمه.

وإن بعد عن بلد الإمام وعن بلد فيه قاض من قبل الإمام وأراد أن يحاكم خصمه إلى خليفته، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز كما للإمام محاكمة خصمه إلى خليفته.

والوجه الثاني: لا يجوز؛ لأن كل القضاة خلفاء الإمام وليس كل القضاء خلفاء هذا القاضي، فجاز للإمام ما لم يجز لهذا القاضي والله أعلم.

فهرس الجزء السادس عشر
من
الحاوي في الفقه

كتاب أدب القاضي

